

الفقيه

آية الله العظمى
المرجع العالمي السيد محمد باقر
المرتضى

كتاب الفقه

٧٨

دار الشؤون
الدينية، بيروت

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٨	موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ٧٨
٨	اشاره
٨	اشاره
١٠	كتاب الغصب
١٠	اشاره
١٢	معنى الغصب
١٣	روايات الغصب
٢٥	مسأله ١ ما يحقق الضمان
٢٥	اشاره
٣٥	لو دخل لا بقصد الاستيلاء
٤٠	لو شك فى قدر الغصب
٤٥	ليس كل غضب يوجب الضمان
٤٩	لو اختلف قدر المنفعه والغصب
٥٢	مسأله ٢ لو مد بمقود دابته
٥٦	مسأله ٣ النمو للغاصب
٦٣	مسأله ٤ الضمان على الأباى المترته
٧٠	مسأله ٥ هل يضمن الحر بالغصب
٧٧	مسأله ٦ لو استخدم الحر
٨٥	مسأله ٧ ضمان الخمر المحترمه
٩٣	مسأله ٨ إتلاف الخمر المحترمه
٩٧	مسأله ٩ فى الأسباب الموجبه للضمان
١١٩	مسأله ١٠ المباشر والسبب
١٢٩	مسأله ١١ لا يضمن المكره

- مسأله ١٢ سببیه الماء والنار للأتلاف ١٤٩
- مسأله ١٣ إذا سبب التلف ١٥٩
- مسأله ١٤ لو غصب شاه فمات ولدها جوعاً ١٦٣
- مسأله ١٥ فك القيد عن الدابه ١٦٥
- مسأله ١٦ الضمان بالعقد الفاسد ١٨٠
- مسأله ١٧ ضمان الصبی والمجنون ١٨٧
- مسأله ١٨ لو تعسر رد المغصوب ١٩٦
- مسأله ١٩ لو كانت العين بحکم التالف ٢٠٩
- مسأله ٢٠ لو تسوس التمر المغصوب ٢١٨
- اشاره ٢١٨
- المثلی والقيمی ٢٢٤
- ميزان المثلی ٢٣٥
- الاعتبار بيوم الإقباض ٢٤٢
- الكلام فی القیمی ٢٥١
- الأقوال فی الضمان ٢٥٥
- دليل أعلى القيم ٢٦١
- الإشكال فی كونه ربوباً ٢٦٧
- إتلاف الأله المحرمه ٢٧١
- أرش عين الدابه ٢٧٨
- مسأله ٢١ بدل الحيلولة ٢٨٤
- اشاره ٢٨٤
- لو توهم البدل ٢٨٩
- انقطاع الملك العرفی ٢٩٦
- مسأله ٢٢ على الغاصب الأجره ٣٠٢
- مسأله ٢٣ لو غصب مأكولاً فأطعمه المالك ٣١٣
- مسأله ٢٤ لو غصب فحلاً فأنزاه ٣١٩

٣٢٤	مسألة ٢٥ لو غصب ما له أجره
٣٢٨	مسألة ٢٦ إذا زادت قيمه المغصوب
٣٥٣	مسألة ٢٧ المزج بالأجود والأردأ
٣٦١	مسألة ٢٨ فوائد المغصوب للمالك
٣٦٧	مسألة ٢٩ لوزادت قيمه
٣٧٩	مسألة ٣٠ الزيادة المتصلة
٣٨١	مسألة ٣١ ما قبضه بالبيع الفاسد
٣٨٥	مسألة ٣٢ ضمان الغاصب
٣٩٤	مسألة ٣٣ اشتراك الغاصب مع المالك
٣٩٩	مسألة ٣٤ لو غصب أرضا فزرعها
٤٠٩	مسألة ٣٥ لو دخلت دابه في ملك الغير
٤١٦	مسألة ٣٦ لو أدخلت الدابه رأسها في قدر
٤٢٣	مسألة ٣٧ إذا خشي على الحائط
٤٢٦	مسألة ٣٨ نقل المغصوب إلى غير بلده
٤٣٢	مسائل متفرقة
٤٤٢	مسائل من جامع الشتات
٤٤٢	فصل في التنازع
٤٤٢	مسألة ١ لو تلف المغصوب واختلفا في قيمه
٤٤٧	مسألة ٢ إذا ادعى المالك صفة يزيد بها الثمن
٤٧٢	مسألة ٣ لو باع الغاصب ثم انتقل إليه
٤٧٨	مسألة ٤ لو قال الغاصب: رددته حيا
٤٨٢	مسألة ٥ لو اختلفا في تلف المغصوب
٤٨٦	مسألة ٦ في اختلافهما في أثاث الدار
٤٨٨	مسألة ٧ لو قال الغاصب: إنه لاط بالدابه
٤٩٤	المحتويات
٥٠١	تعريف مركز

اشاره

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدید آور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی / المؤلف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم] : موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ ریال (هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ: لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵ ح ۵ ف ۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص: ۱

اشاره

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ _ ١٩٨٨ م

دار العلوم _ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسى

ص: ٢

كتاب الغضب

إشاره

الفقه

موسوعه استدلاليه فى الفقه الإسلامى

آيه الله العظمى

السيد محمد الحسينى الشيرازى

دام ظله

كتاب الغضب

دار العلوم

بيروت لبنان

ص: ٣

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٤

والغالب أن نحرر المسائل على أسلوب الشرائع.

وقد ورد في آيه شريفه، وفي الأخبار كلمه الغضب بكثره.

معنى الغضب

قال تعالى: (يأخذ كل سفينه غصباً) (١).

وقال الصادق (عليه السلام) في خير أبي ولاد، في شأن البغل الذي استأجره، حيث قال الرجل: فلي عليه علفه، قال (عليه السلام): «لا، لأنك غاصب» (٢).

وقال أمير المؤمنين (عليه السلام): «إذا اغتصبت أمه فاقْتَضَتْ فعليه عشر قيمتها» (٣).

وفي الحديث: «الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها» (٤).

وقال أبو الحسن (عليه الصلاة والسلام) في ذكر ما يختص بالإمام (عليه السلام): «وله صوافي الملوك ما كان في أيديهم على غير وجه الغضب، لأن الغضب كله مردود» (٥).

ص: ٥

١- سورة الكهف: الآية ٧٩

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغضب ح ١

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٨٧ الباب ٨٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغضب ح ٥

٥- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من أبواب الأنفال ح ٣

وقال (عليه السلام): «من غرس أو زرع في أرض مغصوبه، فله الزرع والغرس، وعليه الأجره لصاحب الأرض»^(١).

وفى خبر آخر: عن رجل اغتصب امرأه فرجها^(٢).

وفى خبر ثالث: «إن ذلك فرج غُصبناه»^(٣).

وفى المسالك، عنه (صلى الله عليه وآله): «من غصب شبراً من أرض طوقه الله من سبع أرضين إلى يوم القيامة»^(٤).

وبذلك يظهر أن صاحب الجواهر أيضاً أخذه من المسالك على حسب عادته، فما في هامش الجواهر من نقله عن ابن قدامه في المغنى، والسرخسى في المبسوط محل نظر، خصوصاً ومضمون هذا الخبر أيضاً وارد في بعض الأخبار الأخر:

روايات الغصب

مثل ما رواه الغوالى: إن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر»^(٥).

وعنه (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «من أخذ شبراً من الأرض بغير حقه طوق به يوم القيامة من سبع أرضين»^(٦).

ص: ٦

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب كتاب الغصب ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٤٢ الباب ٨ من أبواب النكاح ح ١

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٤٢ الباب ١٢ من كتاب النكاح ح ٢

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٢

٥- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من كتاب الغصب ح ٢

٦- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٣ من أبواب السفر ح ٢. وانظر ابن قدامه في المغنى: ج ٥ ص ٣٧٨، والسرخسى في المبسوط:

ص ٤٩ ح ١١

وفى روايه أخرى: «من غضب أرضاً».

وفى زياره الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) يوم الغدير: «غضب الصديقه فدكاً»^(١).

وعن البحار: «الذين غضبوا آل محمد (صلى الله عليه وآله) حقهم»^(٢).

وفى المستدرک فى حديث: «وإن فوتها المغتصب أعطى العوض منها»^(٣).

وفى روايه عن الصادق (عليه السلام)، قال: «من اغتصب جاريه فأولدها أخذها صاحبها والولد رقيقاً، ومن اشترى مغضوبه فأولدها أخذها صاحبها وقيمه الولد»^(٤).

وفى روايه أخرى عنه (عليه السلام)، قال: «إذا اغتصب الرجل أمه فهلكت عنده فهو ضامن لقيمتها، فإن كان قد وطأها فعلمت منه ثم استحقها صاحبها فأخذها وهى حبلى فماتت من النفاس، فالغاصب ضامن لقيمتها»^(٥).

وفى روايه الأخرى، قال: فى الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه، قال: «ما عمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشئ، وما نقص فهو على الغاصب»^(٦).

إلى غيرها من الروايات.

ثم إن الغضب كما يستفاد من اللغة والعرف أعم من غضب المال، وغضب النفس، وغضب الحق، فإن الغضب يطلق على جميع ذلك.

والظاهر أن المعنى اللغوى والعرفى والشرعى لهذا اللفظ واحد، لا أن

ص: ٧

١- فى الزياره المخصوصه لأمير المؤمنين (عليه السلام) يوم الغدير، مفاتيح الجنان: ص ٣٧١

٢- البحار: ج ٨ ص ٣٨٨

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغضب ح ١

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٦ من كتاب الغضب ح ١

٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغضب ح ٢

٦- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغضب ح ٣

له معنيين، كما ربما يتوهم من اختلاف الفقهاء واللغويين أحياناً في معنى الغضب.

وقول المحقق الرشتي: (كلمات اللغويين والأصحاب مختلفه في بيان معناه اللغوي والاصطلاحى عند الفقهاء اختلافاً لا يكاد يقدح فى شىء مما يتفرع على معرفه معناه بأحد الاعتبارين، لإمكان إرجاعهما إلى شىء واحد، ولا جدوى للتعرض بذكرها على طولها وتفصيلها، لأن الأحكام المبحوث عنها فى هذا الكتاب غير مستند إلى دليل لفظى، مشتمل على ماده الغضب ومشتقاتها، بل إلى دليل لفظى أو لى آخر، متضح المعنى والمقصود، ولو مع عدم وضوح معنى الغضب رأساً) انتهى.

غير ظاهر الوجه، لأن لفظ الغضب قد جاء فى الروايات، فإذا لم يحقّق معناه لم يعرف المصاديق المشتبهه التى إذا حققت معنى الغضب عرف أنها داخله فى الغضب بأحكامه أم لا.

مثلاً قوله (عليه السلام): «لأن الغضب كله مردود»^(١).

وقوله (عليه السلام): «من غرس أو زرع فى أرض مغصوبه فله الزرع والغرس»^(٢).

يأتى الكلام فيهما فى أنه إذا لم يكن الملك الكافر الذى استرجعنا منه الصوافى أخذ الأرض ظلماً فى مذهبه، بينما هو ظلم لغوى، هل أنه تعد من صوافى الملوكة التى هى للإمام أم لا، فإذا أخذنا بقول القاموس فى تعريف الغضب، حيث قال: (غصبه يغصبه أخذه

ص: ٨

١- الوسائل: ج ١٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من أبواب الأنفال ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغضب ح ٢

ظلماً، كاغتصب فلان على الشيء قهره)، فإذا لم يكن ظلم في مذهبه بأن لم يصدق أنه أخذه ظلماً، لكنه واقعاً أخذ ما ليس له حق، فهل هذا داخل في الغضب المردود إلى صاحبه، أو ليس بداخل حتى يكون للإمام (عليه السلام).

وكذلك إذا حجر إنسان الأرض، وقلنا بأن التحجير لا يملك كما هو المشهور، ثم أخذه إنسان عدواناً، وزرع في ذلك المحجر، فهل يصدق الحديث المتقدم (من غرس) أو (مغصوبه) للشك في أن الغضب شامل للحقوق، أو ليس بشامل للحقوق.

حيث مثلاً: إن الشرائع والقواعد والنافع والإرشاد والدروس واللمعة والتنقيح وغيرهم، كما حكى عن بعضهم، عرفوا الغضب بأنه الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً، وحق التحجير لا يسبب تسميه الشيء مالاً، فلا يقول: إنه مالي، وإنما يقول: إنه حقي بالمعنى الأعم للحق الشامل لغير المال على ما اشتهر بأن التحجير لا يوجب الملك، وإن قلنا نحن في كتاب إحياء الموات: إن مقتضى القاعده أنه يوجب الملك.

إلى غير ذلك من الصغريات التي إن كانت التعاريف مختلفه جوهريه، كما يظهر من نقض بعضهم لبعض طرداً و عكساً، كان الأمر يختلف في ذلك اختلافاً بيناً.

نعم، نحن نرى أن هذه التعاريف يجب أن يرجع فيها إلى العرف، فما رآه غصباً رتب عليه أحكامه، وما لم يره غصباً لا يرتب عليه أحكامه، إذ التعاريف الفقهيّه كالتعاريف اللغويه، كلها إلماع إلى حقيقه عرفيه، هم صبوا تلك الحقيقه العرفيه في هذه الألفاظ، ولذا نراهم لا يستشكلون على اللغويين بأنهم يتناقضون في كلماتهم، والسر ما ذكرناه.

فمثلاً في كلام ابن الأثير:

إنه أخذ مال الغير ظلماً وعدواناً، بينما فى كلام الشرائع المتقدم: الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً.

وإذا فرض الفرق بين الإثبات والأخذ فى مورد، يلزم أن نأخذ بقوله (صلى الله عليه وآله): «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١)، كما اشتهرت الروايه بهذه اللفظه فى كتب الفقهاء، ونقلها المستدرک عن أبى الفتوح الرازى فى تفسيره، ويشبهه ما رواه الدعائم عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قال فى حديث: «لا يجوز أخذ مال المسلم بغير طيب نفس منه»^(٢).

وفى روايه عبد الله بن السائب، عن أبيه، عن جده: إن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يأخذن متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، من أخذ عصا أخيه فليردها»^(٣).

وفى روايه أخرى، عنه (صلى الله عليه وآله) قال: «من اتخذ من الأرض شبراً بغير حق خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين»^(٤).

بينما بعض ألفاظ الروايات أعم من الأخذ.

مثل ما رواه الراوندى، عن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «أربعة يزيد عذابهم على عذاب أهل النار، رجل مات وفى عنقه أموال، فيكون فى تابوت من جمر»^(٥).

فإن (فى عنقه) شامل حتى لما إذا اقتطع ولم يأخذها، كما إذا رفع السلطان الجائر يد إنسان عن ماله كالأرض والعقار والدار مثلاً، لكن لم يستول هو

ص: ١٠

- ١- المستدرک: ج ١٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح ١٢
- ٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٣
- ٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٥
- ٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٣ من أبواب الغصب ح ٢
- ٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٩

عليه، أو إذا مثلاً سحب إنسان إنساناً عن الاستيلاء على ماله، وذهب به بعيداً من الأرض بحيث لم يكن لا هو ولا المغصوب منه مستولياً على ذلك المال، فإنه يصدق عرفاً (في عنقه)، لكن لا يصدق (أخذه) مثلاً، أو لا يصدق (غصبه) مثلاً.

وفى بعض الروايات الجمع بين الاقتطاع والأخذ.

فقد روى عنه (صلى الله عليه وآله): «من اقتطع مال مؤمن غصباً بغير حقه لم يزل الله معرضاً عنه ماقثاً لأعماله التي يعملها من البر والخير، لا يثبتها في حسناته حتى يتوب ويرد المال الذي أخذه إلى صاحبه»^(١).

مما يمكن أن يصرف (أخذه) في ذيل الحديث و(اقتطع) في صدر الحديث عن معناه العام إلى معنى الأخذ، وسيأتي بعض الكلام في مثل ذلك.

أما الأكل الوارد في جملة من الروايات، كآية الكريمة، فالظاهر أنه يراد به ما يقال في العرف إنه أكله ولو بالاستيلاء عليه، فلا يشمل مثل المثال الذي تقدم من أنه سحب يد المالك ولم يضع يده عليه.

فقد روى سماعه، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «أوعد الله تعالى في أكل مال اليتيم عقوبتين، إحداهما عقوبه الأخره النار، وأما عقوبه الدنيا فقولُه عز وجل: (وليخش الذين لو تركوا من خلفهم ذرية ضعافاً خافوا عليهم)»^(٢) الآية، يعني ليخش إن أخلفه في ذريته كما صنع بهؤلاء اليتامى»^(٣).

وفى الرضوى (عليه السلام): أروى عن العالم (عليه السلام)، إنه قال: «من أكل مال اليتيم

ص: ١١

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ٨

٢- سورة النساء: الآية ٩

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٤ من كتاب الغصب ح ١

درهماً واحداً ظلماً من غير حق، يخلده الله في النار»(١).

وروى: «إن أكل مال اليتيم من الكبائر التي وعد الله عليها النار، فإن الله عز من قائل يقول: (إن الذين يأكلون أموال اليتامى ظلماً إنما يأكلون في بطونهم ناراً وسيصلون سعيراً)»(٢)«(٣).

ولا يخفى أن الاستيلاء حرام، والتصرف في المال حرام آخر، فهما حرامان.

فعن أبان بن عثمان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «أربعة لا يجزن في أربعه، الخيانه والغلول والسرقه والربا، لا يجزن في حج ولا عمره ولا جهاد ولا صدقه»(٤).

والغضب أحياناً يدخل في الخيانه، وأحياناً في الغلول، وأحياناً في السرقه، وأحياناً في الربا، لأن الغضب أعم من كل ذلك.

أما ما رواه المستدرک في هذا الباب، عن حبيب بن حكيم الأزدي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في حديث قال: «واعلموا أنه من خضع لصاحب سلطان الدنيا أو من يخالفه في دينه طلباً لما في يديه من دنياه أخمله الله، ومقتته عليه، ووكله إليه، فإن هو غلب على شيء من دنياه، وصار إليه منه شيء نزع الله البركه منه، ولم يؤجر على شيء ينفق منه في حج ولا عتق ولا بر»(٥).

فإنه لا ربط له بالباب، ولعله ذكره هنا لما هو واضح من أن عدم الأجر في مثل المقام يلازم الوزر.

ص: ١٢

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٤ من كتاب الغضب ح ١

٢- سورة النساء: الآية ٤

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٤ من كتاب الغضب ح ٢

٤- المستدرک: ج ١٧ ص ٣١٢ الباب ٥ من كتاب الغضب ح ١

٥- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٥ من كتاب الغضب ح ١

وكيف كان، فلم يعلم وجه لما ذكره المحقق الرشتي بقوله: (الغضب معناه اللغوى الظلم والقهر بنص الفيروز آبادى والجوهري وغيرهما، وقد يطلق على أخص من ذلك، وهو الاستيلاء والاستقلال على مال الغير، أو حق من حقوقه) انتهى.

إذ الفيروز آبادى والجوهري لم يعرفا الغضب بالقهر والظلم، وإنما عرفاه بالأخص، فقد تقدم كلام الفيروز آبادى.

وأما كلام الجوهري، فإنه قال كما عن الصحاح: (الغضب أخذ الشيء ظلماً، تقول: غصبه منه، وغصبه عليه، بمعنى الاغتصاب منه، والشيء غصب ومغصوب).

ثم إن الفقهاء الذين عرفوا المغصوب بالحق، أرادوا الأعم الشامل للمال، وللحق المجرد عن المال.

مثلاً عن الكفاية والمفاتيح أنهما عرفا الغضب بالاستيلاء على حق الغير بغير حق.

وعن الوسيله: الاحتيال على مال الغير بغير تراض.

ومنه يعرف وجه النظر فيما عن التتقيح أنه قال: (إن الفقهاء يطلقون الغضب على ما فى تعريف الأول، وعلى ما يشبهه من المفهومات، إما بالإتلاف مباشره أو تسبيياً، وإما بالقبض بالبيع الفاسد) انتهى.

ومثله ما عن بعضهم، إنه قال: كل مضمون على ممسكه مغصوب.

إذ الغضب لا يطلق على الإتلاف مباشره أو تسبيياً، فمن كسر إناء غيره لا يسمى غاصباً، ومن سبب إلى كسره أيضاً لا يسمى غاصباً، كما أن كل مضمون على ممسكه ليس بمغصوب، إذ يمكن الضمان بسبب الشرط، وليس ذلك بمغصوب ولا فاعله غاصب.

ولا بأس فى المقام بذكر بعض الروايات الداله على حرمه

الغضب، ووجوب رد المغصوب إلى مالكه أو وارثه أو وليه أو الحاكم مثلاً، حسب الجمع بين الأدلة، وتبرك بذكر روايه سلمه بن ذهيل، وهي وإن كانت بعض فقراتها خارجة عن محل البحث، إلا أن الحديث لما كان مذكوراً في كتب المشايخ الثلاثة باستثناء الاستبصار نذكره بتمامه تيمناً.

قال سلمه: سمعت علياً (عليه السلام) يقول لشريح:

«انظر إلى أهل المعك والمطل ودفح حقوق الناس من أهل المقدره واليسار ممن يدلى بأموال الناس إلى الحكام، فخذ للناس بحقوقهم منهم، وبع فيها العقار والديار، فإنى سمعت رسول الله (صلى الله عليه وآله) يقول: مطل المسلم المؤسر ظلم للمسلمين، من لم يكن له عقار ولا- دار ولا مال فلا سبيل عليه، وأعلم أنه لا يحمل الناس على الحق إلا من ردعهم عن الباطل، ثم واس بين المسلمين بوجهك ومنطقك ومجلسك حتى لا- يطمع قريبك في حيفك، ولا ييأس عدوك من عدلك، ورد اليمين على المدعى مع بيته، فإن ذلك أجلى للعمى وأثبت للقضاء. واعلم أن المسلمين عدول بعضهم على بعض إلا مجلود في حد لم يتب منه، أو معروف بشهاده زور أو ظنين (1)، وإياك والتضجر في مجلس القضاء الذى أوجب الله فيه الأجر ويحسن فيه الذخر لمن قضى بالحق، وأعلم أن الصلح جائز بين المسلمين، إلا صلح حرم حلالاً، أو أحل حراماً،

ص: ١٤

١- هذا يدل على عدم وجود سائر المعاصي إلا نادراً في زمان الإمام (عليه السلام). (منه دام ظله)

واجعل لمن ادعى شهوداً غيباً أمداً بينهما، فإن أحضرهم أخذت له بحقه، وإن لم يحضرهم أوجبت عليه القضية. وإياك أن تنفذ قضية في قصاص أو حد من حدود الله، أو حق من حقوق المسلمين حتى تعرض ذلك على إن شاء الله (١)، ولا تقعدن في مجلس القضاء حتى تطعم» (٢).

وعن الفقيه، بإسناده عن حسين بن زيد، عن الصادق (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله) في حديث المناهي، قال: «من خان جاره شبراً من الأرض جعله الله طوقاً في عنقه من تخوم الأرض السابعة حتى يلقى الله يوم القيامة مطوقاً، إلا أن يتوب ويرجع» (٣).

أقول: هذا العذاب في الدنيا، لكن الإنسان لا يحس بها لعدم اشتماله على الروح البرزخية والأخروية المجردة، فهو مثل قوله سبحانه وتعالى: (إنما يأكلون في بطونهم ناراً) (٤).

وقوله سبحانه: (وإن جهنم لمحيطه بالكافرين) (٥)، إلى غير ذلك.

وقد يؤول بجعله الله تعالى في القبر فما بعده، لكن لا حاجة إلى هذا التأويل.

وفي حديث عن صاحب الزمان (عجل الله تعالى فرجه) قال: «لا يحل لأحد أن يتصرف في مال غيره بغير إذنه» (٦).

ص: ١٥

١- هذا يدل على قلة المشاكل جداً في زمان الإمام (عليه السلام). (منه دام ظله)

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٨ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٢

٤- سورة البقرة: الآية ١٧٤

٥- سورة العنكبوت: الآية ٥٤

٦- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤

وروى عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن آبائه، عن أمير المؤمنين (عليهم السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) خطب يوم النحر بمنى في حجه الوداع، وهو على ناقه عضباء، فقال: أيها الناس إني خشيت أنى لا ألقاكم بعد موقفي هذا، بعد عامى هذا، فاسمعوا ما أقول لكم فانفَعُوا به، ثم قال: أى يوم أعظم حرمة، قالوا: هذا اليوم يا رسول الله، قال: فأى الشهور أعظم حرمة، قالوا: هذا الشهر يا رسول الله، قال: فأى بلد أعظم حرمة، قالوا: هذا البلد يا رسول الله، قال: فإن حرمة أموالكم عليكم وحرمة دمائكم كحرمة يومكم هذا فى شهركم هذا فى بلدكم هذا إلى أن تلقوا ربكم فيسألكم عن أعمالكم، ألا هل بلغت، قالوا: نعم، قال: اللهم اشهد» (١).

وفى حديث، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «فمن نال من رجل شيئاً من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلك، وأن يتنصل من كل ما كان منه إليه، وإن كان قد مات فليتنصل من المال إلى ورثته، وليتب إلى الله مما أتى إليه حتى يطلع عليه عز وجل بالندم والتوبه والتنصل»، ثم قال (عليه السلام): «ولست أخذ بتأييد الوعيد فى أموال الناس، ولكنى أرى أن أودى إليهم إن كانت قائمه فى يدي من اغتصبها ويتنصل إليهم منها، وإن فوتها المغتصب أعطى العوض منها، وإن لم يعرف أهلها تصدق بها عنهم على الفقراء والمساكين، وتاب إلى الله عز وجل مما فعل» (٢).

وعن النبى (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يحلبن أحدكم ماشيه أحد إلا بإذنه، أيجب أحدكم

ص: ١٤

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح ٢

أن يؤتى مشربته فتكسر خزائنه فينقل طعامه، فإنما تخزن لهم ضرور مواشيهم، فلا يحلبن أحدكم ماشيه أحد إلا بإذنه».

وفى حديث، عنه (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»، إلى أن قال: «لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبه نفسه»^(١).

ثم الظاهر أنه إذا استولى إنسان على شيء لإنسان آخر، ولا أجره لذلك الاستيلاء، ثم أرجعه إليه صدق عليه الغصب، ولا ضمان خارجاً، وإذا صدق عليه الغصب حق عليه التعزير.

فقول الجواهر: (الذى يسهل الخطب عدم أحكام شرعية معلومه كى يحتاج إلى التعب فى تحقيق معناه إلا نادراً، كتكليف الغاصب بالرد، وإن استلزم المشقه الشديده بتلف المال وغيره) محل تأمل.

وقد ذكر الفقهاء تفاصيل فى تعريف الغصب، وقد عرفت أنه لا حاجة إليها بعد كون المعيار المعنى العرفى، والذى يرجع إليه المعنى الفقهاءى واللغوى أيضاً، لأن المركز فى أذهان العرف هو الحد الذى أخذ منه الفقهاء واللغويون تعاريفهم المختلفه، والله سبحانه العالم.

ص: ١٧

١- الوسائل: ج ١٩ ص ٣ الباب ١ من أبواب القصاص فى النفس ح ٣

(مسأله ۱): قال فى الشرائع: (ولا يكفى رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده، فلو منع غيره من إمساك دابته المرسله فتلفت لم يضمن، وكذا لو منعه من القعود على بساطه، أو منعه من بيع متاعه فنقصب قيمته السوقيه أو تلفت عينه).

وقال فى المسالك: إذا تعدى على الغير من دون أن يستقل بيده على ماله لا يعد غاصباً وإن كان آثماً، ومنه ما لو منع غيره من إمساك دابته المرسله فاتفق تلفها، أو منعه من القعود على بساطه وغيره من أمتعته فتلف، وعدم الضمان فيهما هو المشهور، وهو يتم مع عدم كون المنع سبباً فى التلف بل اتفق معه.

أما لو كان سبباً والتلف متوقع معه، فالوجه الضمان بتحقيق السببيه، وهو اختيار جماعه من المتأخرين.

ومثله ما لو منعه من بيع متاعه فتلف بحيث لولا المنع لما حصل التلف، فإنه حينئذ سبب فيه.

أما لو نقصت قيمته السوقيه، مع بقاء عينه وصفته على حالها، فعدم الضمان متجه.

وفى الدروس قال: إنه حينئذ لا يضمن قطعاً، مع أنه فى بعض فتاواه قوى الضمان فى الجميع.

أقول: مقتضى القاعده بالإضافة إلى ما استثناءه المسالك من الضمان، ما قواه الدروس من الضمان فى الجميع، وذلك لأن الدليل ليس خاصاً بـ (على اليد) ونحوه حتى يقال: إنه لا يشمل المقام، بل مثل قوله (عليه السلام): «لا يتوى حق

امرئ مسلم»(١)، وقوله: «لا يبطل حق مسلم»(٢)، وقوله: «لا يبطل حقوق المسلمين»(٣)، وقوله (عليه السلام): «وإن فوتها المغتصب»(٤)، وما أشبهه يشمل المقام، فإن من توى حق هذا الإنسان، هو الشخص الذى منعه عن متاعه أو ما أشبهه، فيفهم منه أنه ضامن، وإلا فلا يتوى ليس أمراً تكوينياً وإنما هو أمر تشريعى.

وحيث لا جهة أخرى تؤدى حق هذا الإنسان الذى توى حقه، فاللازم بالدلالة العرفية أن يكون الحق على الذى تواه، ولذا كان المحكى عن التذكرة بعد أن نفى الشك عن عدم تحقق الغصب فى الدابة المتقدمه، قال: وهل يضمن، قال بعض علمائنا: لا يضمن، وفيه إشكال.

قال فى الجواهر: (ومنه يعلم أنه لا يلزم من عدم كونه غاصباً عدم كونه ضامناً إن كان سبب آخر غير الغصب).

أما قوله بعد ذلك: (لا ينبغي التأمل فى عدم ضمان نقصان القيمة السوقية، لعدم تفويت مال عليه بمباشره أو تسبب، ومن هنا لم تضمن منافع الحر إجماعاً)، فيرد عليه: إن عدم ضمان منافع الحر أيضاً محل نظر، فإذا كان هذا الإنسان يكتسب كل يوم ديناراً ويقوت عياله، فحبسه الظالم ظملاً عشرة أيام، فلماذا لا يضمن هذا الظالم عشرة دنائير منفعه، واستناد الفقهاء إلى بعض الأدلة يوجب عدم إمكان الاعتماد على الإجماع، لأنه محتمل الاستناد، ولذا اخترنا ضمان عمل الحر أيضاً.

ص: ١٩

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٣ من نوادر الشهادات ح ٥

٢- المستدرک: ج ٢ ص ١٩٨ الباب ٢ من كيفية الحكم ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢١٠ الباب ٦ من أبواب عقد النكاح ح ٩

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كيفية الحكم ح ١

ولعل استدلال الشهيد وغيره بالتسبيب أيضاً ناظر إلى ما ذكرناه من دليل (لا يتوى) ونحوه.

ومن الأدلة التي تدل على الضمان بالملا-ك ما في كتاب الديات، من أن إنساناً لو دعى إنساناً إلى داره وفيه كلب أو بئر محفوره، فعقره الكلب أو وقع في البئر، كان الإنسان الداعي ضامناً، والضمان ليس إلا من جهة التسبيب، والدليل إن لم يكن في المال، لكن مناطه موجود هنا أيضاً.

ولذا استدلل المحقق الرشتي في الملتقطات بدليل «لا ضرر»^(١١)، تبعاً للشيخ في المكاسب في خيار الغبن والعيب، قال: (وجه الدلالة هو أن نفي الضرر بحكم امتناع الكذب في كلمات الشارع لا بد أن ينزل على أنه لا يبقى الضرر بحاله إذا حصل، وقضيه ذلك وجوب جبرانه حيث ما يقع مقدمته بتصديق الشارع، لأن الضرر المتدارك لا يعد ضرراً عرفاً.

وهذا غير التحريم الصرف، فإنه لا يقتضى جبرانه بعد وقوعه، وإنما غاية حصول الإثم، فحيث يتحقق ضرر على مسلم وجب جبرانه وتداركه.

ودعوى أن وجوب الجبران أعم من تغريم الضار نفسه بإمكان جعله من بيت المال، كما يظهر من المحقق القمي (رحمه الله) في القوانين، غير وارده في المقام، لأن الكلام هنا في دلالة أصل القاعده على وجوب جبران الضرر في الجملة، وأما كونه على الضار أو على بيت المال أو غير ذلك من المحتملات، فيرجع فيه إلى قواعد آخر، وأدله أخرى، مثل الإجماع القائم في آحاد المسائل على تعيين الاحتمال الأول بعد ثبوت أصل الجبران، وهذا غير ما يوجه به دلاله

ص: ٢٠

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من كتاب أحياء الموات ح ٣

الحديث على الضمان في أمثال المقام(١١))، انتهى.

فإن مقتضى القاعدة هو ما ذكره، ولذا النبي (صلى الله عليه وآله) الذي هو مصدر هذا الحديث استدل به لقلع ذلك الأنصارى شجره سمره(٢٢))، مع أن النبي (صلى الله عليه وآله) لم يذكر دليلاً آخر لذلك، فإن العرف يستفيد من الحديث أن النبي (صلى الله عليه وآله) طبق الصغرى الجزئية على تلك الكبرى الكلية التي قالها.

أما ما ذكره المحقق القمي أو غيره من احتمال أن يكون الجبران على بيت المال، فغير ظاهر الوجه، إذ لا شأن لبيت المال في إضرار بعض الناس ببعض، بل هو بعيد عن الفهم العرفي بعداً كبيراً.

وقول المحقق الرشتي: (فحيث يتحقق ضرر على مسلم وجب جبرانه) الظاهر أنه من باب المثال، وإلا فلا فرق بين المسلم وبين غير المسلم، فإن الإسلام يحرم الضرر إلا على الكافر الحربى فى حال الحرب بموازينه المعروفه، وإلا فيما استثنى من الإضرارات بالقصاص ونحوه، والتي نحن هنا فى غنى عن البحث عنه، لأن البحث حول دليل «لا ضرر» راجع إلى موضعه الخاص كرساله الشيخ وغيرها.

ثم إنه حيث كان المرجع فى الحق أو الضرر العرف حتى يحكم عليهما باللا فى الضرر، وبلا يتوى فى الحق، فالميزان أن العرف يراه حقاً أو لا، وإذا رآه حقاً فالميزان العرف أيضاً فى كميته الحق، مثلاً الإنسان الذى لا يعمل إذا حبسه إنسان لم يكن على ذلك الحابس حق مالى، إذ هذا الإنسان غير العامل ليس له حق عرفاً، وإذا كان هذا الإنسان يعمل طبيياً كل يوم بعشره دنانير، فحبسه كان عليه أن يعطيه كل يوم عشره دنانير.

ص: ٢١

١- كتاب الغصب، للرشتي: ص ٤

٢- الكافي: ج ٥ ص ٢٩٢ ح ٨، التهذيب: ج ٧ ص ١٤٧ ح ٦٥١

أما إذا كان عاملاً يعمل كل يوم بربع دينار، فإذا حبسه أعطاه كل يوم ربع دينار.

وإذا كان هذا الإنسان بين أجره كبيره إذا عمل بستانياً، وأجره صغيره إذا عمل حمالاً، فحبسه فإن العرف يرى أنه ماذا كان يعمل إذا لم يكن حبسه، هل يعمل بستانياً، فاللزام أن يعطيه كل يوم ديناراً، أو يعمل حمالاً، فاللزام أن يعطيه كل يوم ربع دينار.

وهذا مثله مثل الدار، فإنه إذا جعل إنسان حاجزاً أمام دار إنسان لا يستنفع بها لأنه تركها ولا يريد سكنها وإيجارها، فإن هذا الذى جعل أمام الدار حاجزاً ليس عليه حق مالى، فلا يقال إنه فوت منفعه الدار، وتوى حق صاحب الدار، وأضر بصاحب الدار. أما إذا كان هذا الإنسان يريد إيجار داره بمائه، فجعل الحاجز مما حرمه من الإيجار والمائه، فإن عليه مائه.

وإذا كان يريد إيجار داره بعشرين، لاختلاف الانتفاع من الدار، حيث إن الدار إذا استأجرت للزوار كانت الأجره مائه، وإذا استأجرت لأهل البلد كانت الأجره عشرين، فعليه أن يدفع للذى منعه عن إيجار الدار لأهل البلد عشرين وهكذا، لأنه قدر الحق عرفاً الذى تواه وفوته، وقدر الضرر الذى أضره بصاحبها.

وهكذا إذا منعه عن إيجار سيارته أو دابته أو ما أشبهه، فإنه قد لا يكون مريداً للإيجار حتى أن المنع وعدمه سواء، فليس هذا تويماً لحقه.

أما إذا كان يريد إيجاره إرادته تقع فى الخارج لا مجرد الإرادة، إذ مجرد الإرادة لا يسبب صدق التوى والضرر والفوت، كان ضامناً، فإذا كان يريد

إيجار سيارته مثلاً من كربلاء إلى النجف، والأجره عشره، كان ضامناً لعشره، وإذا كان يريد إيجارها من كربلاء إلى الكاظميه والأجره عشرون، فإنه أضره بمقدار عشرين، إلى غير ذلك من الأمثله.

قال فى محكى الرياض: (ومن هنا يترجح الحكم بضمان نقص قيمه السوقيه للمتاع إذا حصل بمنع المالك عن بيعه ولو مع بقاء العين وصفتها، وذكر القائل المتقدم أنه لم يضمن قطعاً، لأن الفائت ليس بمال بل اكتسابه، وهو كما تراه لاتحاد وجه الحكم بالضمان هنا وفيما مضى، وهو صدق الإضرار المنفى شرعاً، وليس فيه ما يقتضى تخصيص الضرر المنفى بما يكون متعلقه مالا، ولعله لذا اختار الشهيد فى بعض فتاواه الضمان هنا، وإن قوى فى الدروس عدم الضمان مطلقاً، وفاقاً للمشهور كما فى المسالك والكفايه) انتهى.

وهو كما ذكره، فقول الجواهر: (إن استفاده الضمان من القاعده المزبوره متوقفه على الانجبار بفتوى الأصحاب، إذ لا اقتضاء لها إلا عدم مشروعيه ما فيه الضرر والضرار فى الإسلام(1)) على معنى النهى عن إيجاده، وهو انما يقتضى حرمة ذلك لا الجبر بالضمان المتوقع على إرادته انتفائه وجوبه فى الدين المنزل على إرادته جبر ما يحصل منه فيه بالغرامه، لأنه أقرب المجازاه إلى نفيه، بل يمكن دعوى إرادته ذلك حقيقه من النفى بلا تجاوز، إلا أن ذلك كله كما ترى لا يصلح دليل كذلك، من دون انجبار بفتوى الأصحاب، فضلاً عن الفتوى بخلافه)، إلى آخر كلامه، محل تأمل.

ص: ٢٣

إذ قد عرفت الدلالة من (لا ضرر) و(لا يتوى)^(١) وما أشبهه، ولا حاجة إلى الانجبار، ومن أين ذلك بعد الظهور بحجيه السند، فعدم فتوى جماعه من الأصحاب من باب الاجتهاد لا يضر بالدلالة أو السند كما في سائر الموارد، فالقول بالضمان في صورتى التسبيب وغيره هو مقتضى القاعده.

ثم قال الشرائع: (أما لو قعد على بساط غيره، أو ركب دابته ضمن).

وقال فى المسالك: (لا إشكال فى تحقق الغصب مع الجلوس على البساط وركوب الدابه، سواء قصده أم لا، وسواء كان المالك حاضراً وأزعجه أم لا، لتحقق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبره، أو مطلقاً حيث يكتفى به فى الضمان، وربما قيل باشتراط نقل المنقول فى ضمانه، فلا يكفى مجرد ركوب الدابه من غير أن ينتقل به، والجلوس على البساط كذلك، نظراً إلى أن ذلك هو القبض فى البيع وغيره كأمثاله من المنقولات، وجوابه منع عدم تحقق القبض مطلقاً بذلك)، إلى آخر كلامه.

وهو كما ذكره، إذ النقل لا خصوصيه له، فإن مثل «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(٢)، وما أشبه من أدله الغصب، مما علق الحكم على الغصب يشمل المقام وإن لم يكن نقل.

نعم، ينبغى أن يستثنى من ذلك ما إذا كان المالك أو الغاصب أذهب احترام المال، مثلاً فرش فى الحرم المطهر سجاداً مغصوباً أو فرش نفسه

ص: ٢٤

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نواذر الشهادات ح ٥

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح ١٢. المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤

ومنع الناس من الجلوس عليه أو المرور عليه، فإن في مثل هذا المورد حيث أذهب المالك احترام مال نفسه، أو حيث أذهب الغاصب احترام ذلك، ويكون السبب أقوى من المباشر، لا يكون ضمان على هذا الإنسان الجالس أو الماشى، وكذلك إذا وضع السجاد في الشارع، حيث الناس لهم الحق في العبور، فلا يمكن أن يقال: إن حقهم يسقط بسبب هذا الفراش، ولو كان الفاعل لذلك غاصباً، وقد نبهنا على ذلك في بعض مباحث (الفقه).

ولذا قال في الجواهر: (التحقيق عدم اعتبار النقل في قبض المنقول في المقامين، بل في كل مقام اعتبر الشارع فيه القبض لتحقيقه عرفاً بإثبات اليد بتصرف بل وبدونه، وإن لم يحصل فيه نقل) انتهى.

وكذلك إذا كان الجلوس أو الركوب اضطرارياً، فإنه لا يعد غاصباً، كما إذا كان مقعداً فأركبه إنسان الدابه بدون اختياره، فإن هذا لا يعد غاصباً، وإنما يعد السبب، أو أجلسه إنسان على فراش الغير، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما خبر عقبه بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجه غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه، قال: آتيك غداً إن شاء الله، فسرق المتاع من مال من يكون، قال: «من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فإذا أخرجه من بيته فالمتباع ضامن لحقه حتى يرد ماله إليه» (١).

فقد ذكر في كتاب البيع أنه من جهة أن التلف قبل القبض من مال مالكه، لا أن القبض لا يتحقق إلا بالإخراج من البيت.

ص: ٢٥

ثم إنه لا إشكال ولا خلاف في أنه يصح غضب العقار ويضمنه الغاصب كما في الشرائع.

وفي الجواهر: إن الإجماع بقسميه عليه.

وذلك في قبال قول أبي حنيفة وتلميذه أبي يوسف، من عدم تصور غضبه، لعدم تصور إثبات اليد فيه، وضعف هذا الكلام واضح، وتعبير الشرائع بـ (يصح) يريد الإمكان كما هو واضح.

ويدل عليه بالإضافة إلى العرفية والإجماع المتقدم، الروايات التي ذكرناها سابقاً:

مثل قوله (عليه السلام): «من غضب شبراً من أرض»^(١).

وقوله: «من غضب أرضاً»^(٢).

وحدِيث: «غضب الصديقه (عليها السلام) فذكاً»^(٣).

إلى آخر ذلك، فإن غضب كل شيء بحسبه.

ولذا قال في الشرائع: ويتحقق غضبه بإثبات اليد عليه مستقلاً من دون إذن المالك.

وقد ظهر بما تقدم وجه النظر في كلام القواعد، حيث قال: (إنه يتحقق الغضب في العقار بالدخول لإزعاج المالك، فإن أزعج ولم يدخل، أو دخل لا- بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن)، إذ قد يتحقق الغضب بالدخول وإن لم يزعج المالك، مثلاً استولى السطان على بستان إنسان وترك مالك البستان في البستان كأنه عابر سبيل، أو كالإنسان الذي يتفرج في البستان سواء كان صاحب البستان أو غيره، فإن عدم انزعاجه وعدم إزعاجه لا يحقق عدم

ص: ٢٦

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٣ من کتاب الغضب ح ٢

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٣ من کتاب الغضب ح ٢

٣- انظر: الاستغاثه: ص ٣٦ ط إحقاق الحق باكستان، ومفاتيح الجنان: ص ٣٧١

الغضب بعد تحقق صدق الغضب بسبب الاستيلاء.

أما قوله: (أو دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن)، فينبغي أن يقال: إن القصد لا مدخله له إذا عد عرفاً غاصباً، ولو لم يكن انزعاج وإزعاج للمالك، إذ الغضب موضوع عرفي، وهذا الموضوع العرفي قد يتحقق ولو بدون القصد، وقد لا يتحقق حتى مع القصد، كما إذا قصد ضعيف الاستيلاء على بستان إنسان ودخل في البستان، لكن صاحب لبستان كان قوياً لا يخاف، فلا يعد ذلك غصباً عرفاً، حيث إن صاحب البستان هو المتسلط وإن كان الداخل زعم أنه قوى وأن صاحب البستان ضعيف، فإن مثل هذا لا يعد غصباً عرفاً.

ثم إن الملتقطات قال: هل يختص الغضب في مثل العقار والدار بموضع التصرف، كالبيت الذي جلس فيه، والساحة التي وضع فيها شيئاً، أو يكفي التصرف في البعض في صدق الغضب بالنسبة إلى جميع الدار ولو بالنسبة إلى الموضع غير المتصرف فيها، أو يفصل بين المواضع المقصوده بالغضب من الدخول فيها وغير المقصوده، فيتحقق بالنسبة إلى الأول دون الثاني.

وتحقيق ذلك: إنه لا- شبهه في أن لبعض الأشياء وحده حقيقه بحيث يعد وضع اليد على بعضه تصرفاً في الكل، كالثوب والكتاب والبساط وما أشبه ذلك، ولبعض آخر وحده عرفيه كالدار والعقار ونحوهما فإنها مع انحلالها إلى أمور متباينه خارجيه تعد عرفاً شيئاً واحداً.

والظاهر أن غصب بعض أجزاء مثل هذه الأشياء إذا اقترن مع قصد خلاف غصب بقيه الأجزاء اختص بمورده المخصوص، فلو استولى على دار ودخلها قاصداً غصب بعض بيوتها متصرفاً فيه، مع قصد عدم غصب البيوت الأخر، فهو ليس بغاصب لغير المتصرف فيه، ولا ضمان له، وإنما يضمن

المتصرف فيه خاصه، والسرف فى ذلك عدم مساعده العرف على صدق الغصب بالمعنى المتقدم عليه بالنسبه إلى غيره، بعد ما عرفت من اعتبار التصرف الفعلى فيه، وعدم الاكتفاء بمجرد الاستيلاء والقهر) انتهى.

ومقتضى القاعدة أنه إذا غصب البعض وعدّ ذلك غصباً للكل، كما لو خاف المغصوب منه فهرب، فإنه ضامن للكل وغاصب للكل، مثلاً الجائر دخل غرفه من داره، وهو علم أنه إنما قصد غصب الغرفه من الدار، لكنه خاف بطشه المسبب من وروده، فإنه يقال عرفاً إنه غصب الكل، إذ إنه إذا عد استيلاءً لم ينفع القصد فى عدم جعل الكل مغصوباً.

لو دخل لا بقصد الاستيلاء

أما إذا لم يكن كذلك، يعنى لم يكن خوف ولم يكن استيلاء عرفى، وقصد الغاصب البعض، فإنه لا يعد ذلك البعض الذى لم يقصد غصبه مغصوباً.

نعم لا- ينفع زعم المغصوب منه أنه غصب الكل فى كونه غصباً للكل، مثلاً الجائر دخل غرفه، فإذا كان يعلم المغصوب منه أنه إنما قصد غصب غرفه فقط، كان يبقى فى الدار فى سائر غرفها، لكن حيث لا يعلم ذلك هرب باعتبار أنه غصب الكل، فإن الزعم لا- يصحح أنه غاصب للكل إذا لم يكن استيلاء عرفى للكل، فهو مثل ما إذا غصب الجائر دار زيد فزعم عمرو أنه أيضاً غصب داره، بينما الجائر لم يغصب دار عمرو فإن مجرد زعمه لا- يسبب صدق الغصب، كما أنه لم يكن تويماً لحقه وتفويتاً وبطلاناً لحقه، فإن الأمور دائر مدار الواقع إلا ما خرج بالدليل، وليس الموضع من المستثنى، وحيث قد عرفت أن الغصب تابع للصدق التابع للاستيلاء وإن لم يكن تصرف، فإذا لم نعلم

هل أن هذا المستولى قصد، فالظاهر أنه تابع للصدق العرفي، فلا مدخلية لقصد العدم، أو عدم القصد، أو قصد الوجود في شيء.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام المحقق الرشتي، حيث قال: (وهل يعتبر مع ذلك قصد الغصب أيضاً، أو يكفي عدم قصد الخلاف، فيه تردد، ويظهر الثمره فيما لو جهل حال الغاصب، بموته وغيبته ونحو ذلك، ولا يبعد رجحان الأول، فلو علم عدم قصد غصب غير المتصرف فيه، فالظاهر عدم الغصب وعدم الضمان، لكن يمكن ظهور فعل الداخلة الغاصب للدار في بعض بيوته في قصده بغصب الكل، كما يمكن دعوى متابعه هذا الظهور ولو لم يعتمد بظواهر الأفعال في غير المقام، وحينئذ فتبقى الثمره في حال الشك كما لا يخفى، إلا أن يكون المجهول الحال ممن لا يعتد بظواهر أفعاله) انتهى.

فإن الأمور العرفيه لا تترتب على القصد وجوداً وعدمًا، ولا تترتب على التردد حتى يقال بإجراء الأصل، وإنما الأمور القصديه هي الأمور الإنشائية التي ليس الغصب _ بإطلاقه _ منها.

أما ما ذكره الجواهر بقوله: (الظاهر إن تقييده بقصد الاستيلاء للاحتراز عن الداخل لا بقصده، بل لينظر إليه ليتخذ مثله مثلاً، فإنه ليس بغاصب عرفاً قطعاً) انتهى.

فهو كما ذكره، إذ الداخل بقصد النظر ليس بغاصب، وإن زعم صاحب الدار أنه غاصب.

نعم إذا سبب ذلك خوفه وشروده مما يعد عرفاً أنه غاصب كفي ذلك،

فليس الأمر دائراً مدار القصد وعدم القصد، وإنما مدار الصدق، وذلك بالاستيلاء لصدق الغصب عرفاً كما تقدم، بل يكفي في الضمان صدق التفويت ونحوه.

وبذلك ظهر أنه لو دخل الدار بقصد اتخاذ مثلها في داره، ولم يكن غصباً عرفاً، فإنهدمت الدار في تلك الحال لم يكن ضامناً.

ومنه يظهر وجه النظر فيما نقله الجواهر عن التذكرة قال: (لكن لو انهدمت في تلك الحال، فعن التذكرة في الضمان إشكال، ينشأ من أنه قد حصل التلف في يده، كما لو أخذ منقولاً من بين يدي مالكة لينظر إليه فتلف فإنه يضمن، ومن الفرق بينهما بأن اليد على العقار حكميه لا حقيقيه كاليد على المنقول، فلا بد في ثبوت اليد على العقار من أمر آخر، وهو قصد الاستيلاء) انتهى.

ومراده قصد الاستيلاء مع فعليته كما هو واضح، إذ مجرد القصد بأن يستولى بدون الاستيلاء الفعلي لا يحقق الغصب، فإذا تحقق الاستيلاء لم يعتبر قصده، وإذا لم يتحقق الاستيلاء لم يضر قصده، وحيث قد عرفت أن المعيار الصدق فلو دخل الضعيف على القوى بقصد الاستيلاء فليس بغاصب، إذ لا أثر لقصد شيء لا يتمكن من تحقيقه.

ولو دخل القوى على الضعيف مستولياً بحيث اضمحلت يده، فالمتجه كونه غاصباً للجميع، ولا فرق في هذين الموضوعين بين الإزعاج وعدمه، كما ذكره الجواهر، وتقدم الإلزام إلى ذلك.

ولو أخرج إنسان إنساناً عن داره أو بستانه أو دكانه أو ما أشبه، وصدق الاستيلاء كان غصباً، سواء دخل أو لم يدخل، كما إذا أرسل الجائر مأموريه

فأخرجوا من في دورهم بقصد أن تكون من ممتلكات الجائر أو ما أشبهه، وإن لم يصدق الاستيلاء لم يكن غضب، كما إذا أخرجه عن داره بأن خوفه أو ألقى في داره أسداً أو سبباً أو حيه أو ما أشبهه، مما انزعج فخرج، فإنه حيث لا يكون الاستيلاء لا يكون غضب، كما يستفاد من العرف.

ولا- فرق بين أن يكون المستولى والمنزعج كلاهما قوياً، أو كلاهما ضعيفاً، أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً، مثلاً جاء ضعيف وأظهر نفسه بمظهر القوى فأخرج قوياً من داره واستولى عليها بزعم القوى أن المستولى أقوى منه فإنه غاصب، وإن لم يكن في الواقع قوياً وإنما أظهر القوة بأنه مربوط بدوله كذا، أو بعشيرته كذا مثلاً، إذ المناط في تحقق الاستيلاء المحقق للغصب وقد تحقق، وجهل القوى الذي انزعج عن داره لا يوجب أن لا يكون غضب، حيث إنه قوى والمنزعج ضعيف.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما في الجواهر من قوله: (ولو أزعج القوى لمثله ولم يدخل، أو القوى الضعيف كذلك، ففي تحقق الغصب إشكال، ينشأ من أن قبض العقار يكفي فيه التمكن من التصرف والتخليه وتسليم المفتاح كما سبق في البيع، وبذلك يدخل تحت يد المشتري في ضمانه، فيجب أن يكون هذا القدر كافياً في صدق الغصب، كما أن العرف قاض بأن الغصب إنما يتحقق بالدخول وأن الاستيلاء به يحصل، ونحو ذلك قال في التذكرة هنا، وفي التحرير جزم باشتراط الدخول، والمسألة موضع تردد، ولا يتصور إزعاج الضعيف القوى)، إلى آخر كلامه.

ومنه يعلم أنه إذا دخل الضعيف دار القوى الخاليه، وعلم القوى بذلك

وكان يعلم أنه ضعيف، لكنه لم يطارده لمصلحه له في عدم المطارده، فإن هذا الضعيف غاصب، فليس المعيار الضعف والقوه، وإنما المعيار صدق الغصب وعدم صدقه.

ولذا قال في الجواهر: (ولعل الأولى إيكال الأمر في صدق الغصب وصدق أخذ اليد إلى العرف الذي هو المرجع في نحو ذلك، ضروره عدم حصول كشف العرف في صورته دخول الضعيف على القوى واستيلائه على ما تصرف فيه وثبت يده عليه، فإن عدم تحقق الغصب به بناءً على أنه الاستيلاء ممنوع، إذ قوه المالك لا تنافي صدق الاستيلاء وإثبات اليد من الضعيف، وأوضح من ذلك استيلاء الضعيف دار المالك القوى الخاليه عنه) انتهى.

ومنه ظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي، قال: (لو كان الساكن ضعيفاً والمالك قوياً، ففي الشرائع والقواعد عدم الضمان مع حضور المالك، ووجهه عدم تحقق الاستقلال والاستيلاء المعتبرين في معنى الغصب مع الضعف والحضور، لكن في اللغه نسب عدم الضمان إلى قيل مشعراً بتمريضه، كما فهمه في الروضه بقول مطلق، من غير تفريق بين حضور المالك وغيبته، ولعله لقاعده اليد، بناءً على جريانها في مثل يد الآخذ بالسوم والناسى والساهى وأشباههما، مما لا استقلال هنا ولا استيلاء. بل في الروضه: ووجه ظهور استيلائه على العين التي انتفع بسكناها، وقدره المالك على الدفع لا يرفع الغصب مع العدوان، وفيه منع تحقق الاستيلاء، وتحقق العدوان لا يستلزم تحققه) (١) انتهى.

إذ أولاً: تعليله بأن ذلك من جهه اليد غير وجيه، بعد تصريحه في الروضه بظهور استيلائه على العين، كما ذكره في كلامه.

ص: ٣٢

وثانياً: إن قوله: (وفيه منع تحقق الاستيلاء) غير ظاهر الوجه، إذ قد يكون استيلاء كما ذكرنا في أن الضعيف يستولى على ملك القوى، والقوى لمصلحه لا يدفعه، فهل هذا لا يسمى غصباً ولا يسمى استيلاءً، فإنه لا شك في صدق الاستيلاء والغصب فيتبعه حكمه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كلامه الآخر، حيث قال: (وأما قاعده اليد ففيها مؤاخذه لمنع تحقق اليد في مثل الدار من غير المنقولات مع عدم تحقق الاستيلاء، ولذا لا يضمن من دخل دار غيره عدواناً عبوراً أو لغرض آخر من الأغراض غير السكنى، لأن مجرد الدخول في الدار أو الأرض أو العقار ونحوها، بل ومجرد السكنى والانتفاع أيضاً لا يعد في العرف تصرفاً ویداً) انتهى.

إذ فيه أولاً: هو استيلاء.

وثانياً: وإن لم يكن استيلاءً فرضاً، لكنه لا إشكال في صدق تحقق اليد عرفاً، فهل لا يسمى من دخل دار غيره وسكنها أنه لا يد له عليها.

ومما تقدم ظهر حال الاشتراك، كما إذا دخل اثنان دار غيره عنوه وسكنها مع ذلك الغير، سواء كانا ضعيفين أو قويين، أو أحدهما قوياً والآخر ضعيفاً حتى في مثل ما إذا كان مالك الدار قوياً، لكن لم يطرد الداخل لمصلحه أو لأنه زعم أنه قوى مثله، أو أنه أقوى منه فلا- يتمكن عليه، فإن في هذه الصور يشترك الغاصب مع صاحب الدار في توزيع الدار بينهما، فيكون على الداخل بمقدار ما يراه العرف غاصباً، فقد يكون بقدر الثلث، وقد يكون بقدر النصف، وقد يكون بقدر الربع.

لو شك في قدر الغصب

ولو شك في زياده النسبه ونقصانها، كما إذا شك في أنه هل غاصب

لنصف الدار أو ثلثها، فمقتضى القاعده أن الأصل الأقل، وليس هذا الأصل معارضاً بأصل الأقل في جانب صاحب الدار، لأن هذا هو الضامن الذى يجب عليه الدفع، أما صاحب الدار فلا أصل بالنسبه إليه، مما يؤثر شرعاً فى شىء.

ولا- فرق بين الدخول على الساكن أو الاستيلاء على المستولى، مثلاً زيد غضب دار عمرو باستيلائه عليها بدون دخولها، فجاء خالد واشترك مع الغاصب الأول فى غضبه الدار، حيث أصبحتا غاصبين، فإنه يكون الضمان بينهما، من غير فرق بين أن يستولى على الدار مره واحده، أو يستولى على الدار تدريجاً، لتحقق الغضب بكلا الدخول والاستيلاء بدون الدخول كما تقدم.

بل وكذا الحال إذا كان أحدهما مستولياً بدون دخول، والآخر داخلاً بدون استيلاء.

أما ما ذكره فى صورته دخول القوى على الضعيف مستولياً من اضمحلال يد المالك، وكونه غاصباً للجميع، فمرادهم ما هو الغالب، لا صورته عدم اضمحلال يد المالك، كما قاله الجواهر، إذ يمكن منعه مع فرض بقاء تصرف المالك، وعدم رفع يده خارج عن الفرض، ولذا قال أخيراً: (اللهم إلا- أن يفرض دخوله على وجه لم يبق له يد أصلاً، وكان الجميع فى يد القوى واستيلائه، وربما يشهد لذلك ما عن بعض النسخ من فرضه على هذا الوجه) انتهى.

وعلى هذا فالفروض أربعة:

الأول: اضمحلال يد المالك إطلاقاً.

الثانى: عدم اضمحلال يده إطلاقاً.

الثالث: اضمحلال يده بقدر النصف.

الرابع: اضمحلال يده لا بقدر النصف، وإنما بالقدر الأكثر، أو بالقدر الأقل.

ولكل حكمه كما هو واضح.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي، حيث قال: (لو سكن الدار مع مالكتها، فإن كان المالك ضعيفاً، يعنى غير قوى على الغاصب الساكن ففي ضمانه الكل، أو النصف، أو عدم الضمان مطلقاً، وجوه وأقوال، والمختار في المسألة أوسطها وأن الساكن المجمع للمالك غير متصرف على وجه الاستيلاء والاستقلال إلا في النصف، فيكون ضامناً له خاصة، ومن ذلك يظهر وجه القولين) انتهى.

إذ قد يكون المالك قوياً والغاصب ضعيفاً، وإنما لا يخرج له لمصلحه، فيكون حكم الغاصب حكم الخادم في الدار حيث إنه لا يقال إنه مستول على الدار، أو على بعضها.

وقد يكون العكس، بحيث يكون المالك لا- شأن له، كما تقدم في مثال ما إذا دخل الجائر مكاناً فصار المالك كأحد عبيده وخدمه لا شأن له، بأن اضمحلت يده.

وقد يكون الأمر بين المالك والغاصب، وفي هذا الحال قد يكون على نحو الإشاعة، وقد يكون على نحو المعين، فيكون نصف الدار في يد الغاصب ونصفها في يد المالك مشاعاً، أو كل واحد اختص بنصف الدار، أو اختص أحدهما بالأكثر والآخر بالأقل، سواء على نحو الإشاعة أو على نحو الكلي في المعين، والأحكام تختلف في هذه الصور.

وسياتى لهذا مزيد توضيح في مسألة الدابة المغصوبه التي غصبها الغاصب وكانت أيضاً بيد المالك في الجملة، فاحتمال المحقق الرشتي القرعه غير ظاهر

(كما إذا كان يد أحدهما على أحد طرفي كتاب وثوب ونحوهما، ويد الآخر على الطرف الآخر، فإنه لا وجه للقول بدلاله كل واحد على ملكيه الطرف الخاص الذي تعلق به، ولا على الدلالة على ملكيه النصف المشاع، لعدم تعلقه بكل جزء جزء من تمام العين، كما في الفرض السابق حتى يدل على ملكيه النصف المشاع. فالظاهر تنزيلهما على النصف المشاع جميعاً كتزليل البيئتين، لأدن مثل هذا التصرف إن لم يكشف عن الاختصاص المطلق الدال على ملكيه الكل فعلاً، إلا أنهما يدلان على ذلك شأنًا، وقضيه اجتماع الأسباب الشأنيه في مورد واحد شخصي التراحم والتعارض في تمام ذلك المورد، فيرجع في أعمال أحدهما دون الآخر إلى القرعه أو التنصيف أو غيرهما جمعاً) انتهى.

ولا فرق في المسأله السابقه بين أن يسكن الغاصب بنفسه، أو أن يسكن غيره، ولذا قال في الشرائع: (وكذا لو أسكن غيره).

وعلق عليه الجواهر بقوله: (بعنوان الإذن منه والرخصه، من غير فرق بين جهل الساكن بالحال وعلمه، وإن كان في الثاني يكون كل منهما غاصباً، كما أن كلاً منهما ضامن في الأول، وإن لم يكن الجاهل غاصباً لعدم علمه بالحال، إلا أنه ضامن بإثبات اليد واستيلائه على مال الغير بغير حق في الواقع، فهو كالغاصب في ضمان العين والمنفعه، وإن لم يسم غاصباً اصطلاحاً) انتهى.

فإنه كلام تام، إلا قوله: (وإن لم يسم غاصباً اصطلاحاً)، فإنه غاصب لكنه لا يعاقب عقاب الغصب، فإن لفظ الغصب كلفظ الزنا والكفر والملك وغير ذلك لا يختلف في التسميه بها العلم والجهل والذكر والنسيان، فالزاني زان وإن لم يعلم هو أنه زنى، لكنه زنا لا يعاقب عليه، والكافر كافر وإن لم

يعلم أنه كافر، بل بالجهل المركب زعم أنه مؤمن غايه الإيمان، نعم الفرق أنه لا يعاقب على كفره إذا لم يكن عالماً أو جاهلاً مقصراً، وكذلك في الغضب وسائر الألفاظ.

اللهم إلا أن يريد الجواهر بعدم تسميته غاصباً اصطلاحاً، الغضب الذى له الأحكام الخاصه من العقاب والتعزير وغير ذلك، لكن ظاهر كلامه عدم التسميه غاصباً إطلاقاً.

وكذلك الغاصب مضطراً أو مكرهاً يسمى غاصباً، وإنما ليس عليه عقاب الغضب دنياً و آخره.

قال المحقق: (فلو سكن الدار مع مالكها قهراً لم يضمن الأصل)، ومراده بالأصل جميع الدار كما فسر به الجواهر، (وقال الشيخ: يضمن النصف، وفيه تردد منشؤه عدم الاستقلال من دون المالك) انتهى كلام الشرائع.

لكن الجواهر علق عليه بقوله: (ولم نجد له لأحد ممن تقدمه فضلاً عن الجزم بعدمه، وإن حكاه المصنف فى النافع قولاً، بل عن التفتيح نسبته إلى المبسوط إلا أنا لم نتحققه، وعلى تقديره فهو واضح الفساد، ورؤيه صدق الغضب بذلك عرفاً المقتضى لاعتبار الاستيلاء فيه دون الاستقلال)^(١).

والعرف أعدل شاهد، ومقتضى ذلك عدم الضمان على الشخصين المشتركين فى غضب شىء واحد على وجه الاستقلال لكل منهما، وهو معلوم الفساد.

وتبعه فى الإشكال على الشرائع بذلك المحقق الرشتى.

ثم إن الجواهر قال: (أما بالنسبه إلى المنفعه، فيضمن الغاصب كل منفعه للعين التى صارت فى يده واستيلائه، سواء استوفاه أو لا، نعم ما استوفاه المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها) انتهى.

وفيه مناقشتان:

ص: ٣٧

الأولى: إن المنفعة التي صارت تحت استيلاء الغاصب بدون انتفاعه بها لا يوجب مطلقاً ضمانه، كما تقدم في مثال أن إنساناً لم يسكن داره وإنما تركها وشأنها، ثم جاء غاصب واستولى عليها، فإنه لا يظهر لزوم إعطاء المنفعة، إذ مثل هذه الدار لا يعد لها منفعة قد أبطلت بسبب الاستيلاء المجرد من الغاصب.

نعم، إذا سكنها أو أسكنها كان موجباً للضمان، فدلّل «اليد» و«حقوق المسلمين لا تبطل» و«لا يتوى حق امرئ مسلم» و«فوتها» (١) وما أشبه ذلك يشك في شمولها مثل المقام، خصوصاً في المثال الذي تقدم سابقاً من أنه جعل حاجزاً أمام باب الدار، حيث لا يتمكن داخل من الدخول ولا خارج من الخروج فرضاً، فإن الدار إذا كانت متروكة لا شأن للمالك فيها لا يسبب هذا العمل من الغاصب الضمان للمنفعة، لأنه لم يستوفها ولم يضع يداً عليها، على تأمل أو إشكال فيما إذا كان استيلاء، لا ما إذا كان جعل حاجز.

وأما الثاني: فهي في قوله: (نعم ما استوفها المالك منها تسقط عن ضمانه باعتبار استيفاء المالك لها)، فإنه يجب أن يقيد بما إذا لم يكن استيفاء المالك استيفاءً باعتبار المجانية، بجهل أو غفلة أو نسيان من المالك، وإلا كان الغاصب ضامناً حتى لهذه المنفعة.

فإن ذلك مثل ما ذكروا فيما إذا أهدى إلى إنسان شاه نفسه أو دجاجه نفسه، والمهدى إليه لا يعلم أن الدجاجه والشاه له، فذبحهما وأكلهما بعنوان الهدية، فإن الغاصب ضامن.

ولا يقال: إن المالك حيث أكلهما لا يكون الغاصب ضامناً، ففي المقام أيضاً إذا غضب الدار الغاصب والمالك لا يعلم بأنها داره، ثم الغاصب

ص: ٣٨

أسكن المالك الدار بعنوان الهدية وما أشبه، فإن الغاصب ضامن لمنفعه الدار ولعين الدار.

ثم إنه قد يكون للغاصب الاستيلاء مطلقاً، أى إن المالك لا يتمكن لا من بيع الدار ولا من سكنها ولا من إجارتها وما أشبه، وهذا لا شك فى تحقق الغصب بجميع خصوصياته فيه.

وقد يكون الغاصب استولى على بعض جهات الدار، لا على كل الجهات، كما إذا سكن فى الدار، لكن المالك يتمكن من البيع ونحوه، أو أن الغاصب استولى على بيع الدار بأن كان قاهراً فأعلم أنه لا يجوز لأحد أن يشتري الدار أو أن يستأجرها، أما المالك فهو وشأنه فى سكنى الدار والانتفاع بها، فهل فى القسم الثانى يكون غاصباً مطلقاً، أو لا.

عن الرياض تبعاً للكفايه لابد من التقييد بكونه متصرفاً فى النصف مثلاً، بحيث يمنع المالك من أنواع التصرفات فيه كالبيع والهبة وأمثالهما، لا مجرد السكنى، وأشكل عليه الجواهر بقوله: وفيه إنه يكفى فى ضمانه النصف إثبات يده بالسكنى على الإشاعه، وإن لم يمنعه عن التصرفات المزبوره لصدق (على اليد).

أقول: الظاهر أنه لا يسمى غاصباً إذا منع البيع أو الإيجار أو ما أشبه، أما إذا منع عن السكنى وتمكن المالك من البيع ونحوه منعاً بالاستيلاء، لا منعاً بجعل الحاجز، كما تقدم فى بعض الأمثله، فالظاهر أنه يصدق عليه أنه غاصب، كما ذكره الجواهر.

ولا فرق فى ذلك بين كون الأمرين فى كل الدار

كما مثلناه، أو في جزء الدار كما مثلوه.

ثم إنه إذا كان المالك والغاصب كلاهما في الدار على نحو الإشاعة، بأن كان كل واحد يتصرف في كل الدار، فالظاهر أن الغاصب إنما يضمن نصف الدار، لأنه غاصب للنصف عرفاً، وليس غاصباً للكل.

ولذا حكى ذلك عن مجمع البرهان، وقال بعض من تأخر عنه تبعاً له: لا فرق بعد فرض تصرفه في قدر النصف، أو أقل أو أكثر، لأن المتصرف في جميع الدار مثلاً اثنان، فيحال الضمان عليهما كالجنايات، فلو جنى عليه ومات من جنايتهما كانت الدية عليهما نصفين، وإن كان أحدهما جرحه ألف جرح، والآخر جرحاً واحداً.

أقول: في مثاله نظر، وإن كان أصل موضوعه مقتضى القاعده كما ذكرناه، ولذا لا يرد عليه إشكال الجواهر، وإن ورد عليه إشكاله في مثاله، قال: (إنه لا يقاس المقام الذى بناء الضمان فيه على قاعده اليد على الجنايه التى يصدق أنهما معاً قتلاه، وإن تعددت جنايه أحدهما دون الآخر، بخلاف المقام الذى فرض فيه صدق الاستيلاء على الجميع واليد على كل منهما، فيضمن الجميع من كانت يده يد ضمان دون الآخر، إذ ليس يد كل منهما على النصف حتى يختص ضمانه به) انتهى.

وأنت خبير بما فى تعليقه بقوله: (إذ ليس) إلخ، إذ كل واحد منهما مستول على النصف فى الفرض.

نعم إذا فرض أن أحدهما مستول على ثلاثة أرباع، والآخر مستول على الربع أو ما أشبهه، كان التقسيم حسب ذلك، مثلاً كان المالك واحداً، وكان الغاصب ثلاثة، أو بالعكس بأن كان الغاصب واحداً، وكان المالك ثلاثة، فيما

انتفع الكل بنسبه واحده، فإن من كان أكثر يكون انتفاعه أكثر، ويتبع الانتفاع الضمان كما هو واضح.

وكذلك لو صار الغصب كالمهاياه، مثلاً إن المالك يسكن الدار كل أسبوع يوماً، والغاصب يسكنها ستة أيام، أو بالعكس، فإن النسبه تكون حسب ذلك، ولعل أبا العباس أراد ما ذكرناه، فيما حكى من كتابيه من أن الغاصب لا يضمن من الأجره إلا قدر ما ينتفع به من السكنى.

وعليه فلا يرد عليه إشكال الجواهر، (بأن المتجه ضمانه لكل منفعتة عدا ما استوفاه المالك من غير فرق بين ما استوفاه وما لم يستوفها، لأن يده يد ضمان على العين وعلى المنفعه، بل القائل بالتنصيف يضمنه منفعه النصف وإن لم يستوفها) انتهى.

ثم إنه إن كان لكل من المالك والغاصب عائله تختلف كثره وقله، مثلاً كانت عائله المالك عشره، وعائله الغاصب تسعه، فهل هنالك أيضاً تنصيف، أو حسب الأفراد، الظاهر أنه مرجوع إلى العرف، فإذا رأى العرف أنهما عائلتان ساكتتان على كل منهما النصف في مورد الأجره وما أشبهه، فاللازم القول بالنصف هنا، وإن رأى العرف أن المنفعه بحسب عدد الأفراد، فاللازم أن نقول هنا أيضاً الغصب بحسب عدد الأفراد، ويتبعه الضمان.

ولعل الموارد مختلفه، مثلاً- كان المالك ونفران من عائلته ركبا سيارتهم للسفر، وجاء الغاصب مع أربعة من عائلته، حيث إن العرف يرون أن الغاصب أكثر انتفاعاً فضمانه أكثر، ولو انعكس رأوا أنه أقل انتفاعاً، فضمانه أقل.

أما في مثل سكنى الدار وما أشبهه، فلا يختلف الحال عند العرف إلا بزياده كثيره في عائله أحدهما.

ولو شك في الضمان الأكثر، كان الأصل العدم.

قال في محكى الرياض: (إن ظاهر العبارة ونحوها من عبائر الجماعه يقتضى عدم الفرق فى ضمانه النصف بين وحده المالك وتعدده، فيحتمل تخصيصها بالصوره الأولى، والرجوع فى الثانيه إلى الضمان بالنسبه)، ورده الجواهر بقوله: (قد عرفت أن ضمان العين يتبع اليد والاستيلاء، فمع فرض صيرورتها أجمع تحت يده على وجه لا- ينافى كونها مع ذلك تحت يد المالك يتجه الضمان، نعم لو فرض تصور كون الداخلى تحت يده النصف مشاعاً أو الثلث كذلك من دون تصرف فى الجميع اتجه حينئذ ضمان ذلك عليه خاصه) انتهى.

وما ذكره الجواهر أقرب، حيث قد عرفت أن الميزان الاستيلاء، ووحده المالك وتعدده لا مدخله له فى ذلك، كما أن وحده الغاصب وتعدده بأن يكون مع جملة من عائلته لا مدخل له فى الحكم.

لو اختلف قدر المنفعه والغصب

ولو اختلف قدر المنفعه والغصب، فالظاهر أن لكل حكمه، مثلاً كان النصف بيده لكن انتفاعه بقدر الثلثين، أو كان الثلثان بيده لكن انتفاعه بقدر النصف، مثلاً سياره غصب نصفها، لكن أركبها بقدر ضعف ما يركب فى النصف، فإن الضمان بالثلثين بينما الغصب للنصف، وهذا هو الذى اختاره صاحب الجواهر حيث قال: (وأما المنفعه فيضمن منها منفعه ما كان فى يده، من غير فرق بين ما استوفاه وغيره، عدا ما استوفاه المالك، نعم لو فرض كون ما فى يده النصف ولكن نسبه انتفاعه بها إلى انتفاع المالك ثلثان وثلث، اتجه حينئذ ضمان النصف للعين والثلثين للانتفاع) انتهى.

ومنه يعلم حال العكس، وأن الجواهر يقول بعكس الحكم فى عكس فرض الموضوع، والسر أن لكل من الغصب والضمان دليه، فلا تلازم بين

الأمرين حتى يكون دليل الضمان سار إلى الغضب، أو دليل الغضب سار إلى الضمان.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر في كلا قولى الشرائع: (ولو كان الساكن ضعيفاً عن مقاومه المالك لم يضمن، ولو كان المالك غائباً ضمن).

إذ يرد على الأول: إن المعيار في الغضب ليس الضعف والقوه، وإنما صدق الغضب الذى قد يتحقق مع ضعف الساكن، هذا بالإضافة إلى أن الضمان موجود ولو لم يكن غاصباً، إذ قد سبق أنه لا تلازم بين عدم الغضب وعدم الضمان.

كما أنه يرد على الثانى: إن المالك لو كان غائباً ضمن ليس مطلقاً، فإنه لا اعتبار ببعد الضامن أو قربه، وإنما الاعتبار بصدق الغضب وعدم صدقه من جهة أحكام الغضب، وباليد وبعدمه من جهة اعتبار الضمان، حيث إنه إذا دخل فى قوله (صلى الله عليه وآله): «على اليد ما أخذت» (1) ضمن، وإن لم يصدق الغضب، لكن لا يبعد أن مراد الشرائع بالحكم الثانى ما إذا كان غيبه المالك سبباً لقوه الساكن، ولذا قال فى القواعد: (ويضمن لو كان القوى نائياً).

وفى مفتاح الكرامه قال: كما فى الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضه.

وفى الأخير: إنه لا شبهه فى الضمان، وعلة فى التذكرة بأن الاستيلاء حاصل فى الحال، وأثر قوه المالك إنما هى سهوله إزالته والانتزاع من يده، فكان كما لو سلب قلنسوه ملك فإنه يكون غاصباً، وإن سهل على المالك انتزاعه وتأديبه.

ص: ٤٣

ولذا الذى ذكرناه أشكل الجواهر فى كلا فرعى الشرائع، قال فى الفرع الأول: (وأما ضمانه من حيث اليد، فقد عرفت الحال فيه، وأن المتجه فيه الضمان).

وقال فى الفرع الثانى: (ولا- يخفى عليك أن مثله آت فى الحاضر القوى، ضروره عدم الفرق فى سكناه مع عيال المالك بين حضور المالك وغيبته، وكذا سكناه فى دار المالك القوى الخاليه التى صرح فى التحرير بضمانها، ولا يراد بالأخذ المستفاد من قوله: «على اليد» أزيد من هذا)(١).

وقد ظهر مما تقدم _ حيث قلنا إنه لا يشترط قصد الغصب فى تحققه، لأنه يطلق الغصب حتى على ما إذا كان بدون قصده، كما إذا زعم أن الدار له، فأخذها من عمرو المالك، فإنه يطلق عرفاً أنه غصب دار عمرو _ أن قول القواعد: (فإن قصد فهو غاصب) محل نظر، وإن نقل مثله غير واحد عن جماعه من العلماء.

نعم، عن الدروس أنه لو رفع كتاباً بين يدي المالك، فإن قصد الغصب فهو غاصب، وإن قصد النظر إليه ففى كونه غاصباً الوجهان.

وأشكل عليه الجواهر بأن منشأ الوجهين المذكورين فى كلامه سابقاً الشك فى أن الغصب الاستقلال، أو الاستيلاء، وهما معاً فى الفرض حاصلان.

أقول: لعل وجه احتمال عدم كونه غصباً أنه حيث لم يقصده لم يسم العرف إياه غصباً، والآخذ غاصباً.

ص: ٤٤

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (ولو مد بمقود دابه فقادها ضمن، ولا يضمن لو كان صاحبها راكباً لها).

وقال في القواعد: (ولو مد بمقود دابه فقادها ضمن، إلا أن يكون المالك راكباً قادراً)، فزاد لفظ قادراً.

ونقله مفتاح الكرامة عن جامع المقاصد والمسالك والكفاية، وقال: هو معنى قوله في الإرشاد: ضمن، إلا أن يكون المالك راكباً إلا مع الإلجاء.

وفي الدورس: لو مد بمقود دابه وصاحبها راكبها، فلا استقلال إلا مع ضعفه عن المقاومه.

وزيد في اللمعة والروضه: الوصف بكونه مستيقضاً.

أقول: مقتضى القاعده هو الاستيلاء، فإن كان كلاهما مستولياً كان غصباً للنصف، وإن كان الغاصب مستولياً كان غصباً للكل، وإن كان الراكب مستولياً لم يكن غصباً، والمحكى عن الشيخ قوله بعدم الضمان هنا، مع قوله بضمان النصف لو سكن مع المالك في داره، ولذا أورد عليه في التذكرة بأن الفرق بين الدار والدابه غير واضح، فمقتضى قوله بضمان النصف في ساكن الدار، قوله بالضمان بقود المقود مع ركوب المالك.

وإشكاله عليه تام، وإن قال المحقق الرشتي راداً على التذكرة: التحقيق أن ما اعترضه في التذكرة على الشيخ من أن اللازم على مذهبه ضمان النصف هنا أيضاً ليس في محله، بل لا بد من القول بالضمان في الكل، كما في ظاهر القواعد واللمعه، أو عدم الضمان رأساً، كما في الشرائع، والسرف في ذلك أن بعض الأيادي المشاركه لا يمكن تنزيلها على النصف

المشاع كما فى مثل الثوب والكتاب والبساط ومنه المقام، لأن اليدىن المجمعتىن على الدابه كالر كوب والقود منزلتان فى العرف على التزاحم والتعارض، أو على الأصاله والتبعيه بأن يكون أحدهما أصيلاً، والآخر أجيراً أو مستأجراً.

وأما القول بأن يده على النصف، فلا- وجه له، إذ فيه بعد استيلاء كل منهما أن الحال لا يخرج عن أن يقال بأن الغاصب هو المستولى، أو أن المالك هو المستولى، أو لا استيلاء، أو أن أحدهما أكثر استيلاءً، أو أنهما مستوليان على النصف، ومقتضى توارد العلتين على شىء واحد هو الأخير، فلم يظهر وجه للقول بعدم الغصب مطلقاً، أو بغصب الكل، وكذلك الحال فى الأمثله التى ذكرها فى الملتقطات، كالثوب والكتاب والبساط، فإذا كان ثوب بيد نفرين المالك والغاصب، وكذلك الكتاب والبساط أو القلم أو ما أشبهه، لم يكن وجه للقول بغصب الجميع، أو عدم غصب الجميع، أو زياده أحدهما على الآخر فى الغاصبيه، وإنما مقتضى القاعده أن على كل منهما النصف.

ولذا أشكل الجواهر على عدم القول بالتنصيف بقوله: وفيه إنه لا- يتم على القول بالتنصيف عند التداعى، كما عن الخلاف والسرائر وثنانى المحققين والشهيدىن، بل عن ثانى الشهيدىن التصريح فى باب الديات بأن جنايتها بيدها على القائد والراكب بالتنصيف، فىضمن النصف أيضاً هنا باعتبار إثبات يده مع يد المالك، كما لو ركبها معه.

أما قوله بعد ذلك: (بل قد يقال بضمانه الكل فى الفرض باعتبار صدق

الاستيلاء والأخذ الذى لا ينافيه قدره المالك على الدفع إذا لم يدفع، كما إذا لم يكن راكباً لها وكان حاضراً قادراً على الدفع، أقصاه إثبات يده، ولا ينافى ذلك يده الغاصب، بل ولا استقلاله ولا استيلائه وأخذه واحتواؤه) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ الكلام فى استيلائهما معاً، بحيث لولا استيلاء أحدهما كان استيلاء الآخر تاماً، وهذا الذى قاله غير ذلك الفرض.

وبذلك ظهر أنه لا فرق فى ضمان النصف بين كونهما راكبين على حد سواء، أو سائقين، أو قائدين، أو باختلاف، أو أحدهما يجره من ذنبه والآخر يجره من رأسه، فإن الجميع مشترك فى كون الاستيلاء لكليهما الموجب لكون كل واحد مستولياً على النصف.

والظاهر أن من الاستيلاء ما لو أخاف الدابة حتى أخذت تركض إلى داره أو إلى بستانه مثلاً، أو أراها علوفه فأخذت تركض إلى ذلك المكان، مما لا يختار للمالك، وكان عرفاً هذا الإنسان المخوف والمرى للعلوفه مستولياً، حاله حال ما إذا وضع مغناطيساً فجذب حديد غيره، فإنه قبل وقوع الحديد فى يد هذا الإنسان الواضع المغناطيس يعد مستولياً باعتبار جذبته، ولا فرق فى الجذب بين الجذب الاختيارى كما فى الدابة، والجذب الاضطرارى كما فى الحديد.

وكذا لو أرى الشاه ذئباً مما سبب سقوط الشاه لانهيار أعصابها، أو أرى الحمار سبباً مما سبب سقوط الحمار لانهيار أعصابه، فإن كل ذلك يعد استيلاءً مما يعد غصباً.

ثم قال الجواهر: (وعلى كل حال، فلا خلاف ولا إشكال فى ضمانه لها لو

اتفق تلفها بقوده لها، وإن كان الراكب قوياً على الدفع، بل لا يبعد ضمانه لمنفعتها التي فاتت على المالك بقوده، وكذا لو ساق الدابه وكان لها جماح فشردت بسوقه فوقعت في بئر ضمن) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أن الاستيلاء لو كان للغاصب وحده كان ضامناً للكل، وإن كان للمالك وحده لم يكن على الغاصب ضمان، وإن كانا متشاركين كان على الغاصب نصف الضمان، سواء بالنسبه إلى العين أو بالنسبه إلى المنفعه.

أما فرعه الأخير فهو على وفق القاعده إذا كان هذا الغاصب السائق يعد سبباً.

وحال السياره في زماننا حال الدابه في كل ما ذكر، إذ لا فرق بين الشيتين في الملاك المذكور، وكذلك حال القطار والطائره والسفينه والدراجه والدراجه الهوائيه وغيرها من الوسائل.

وقد تقدم أنه لا يشترط القصد في تحقق الغصب، فلا فرق في الغصب والضمان بين زعمه أنه له، وبين علمه بأنه ليس له.

(مسألة ٣): غصب الحيوان الحامل غصب لحمله أيضاً، بلا إشكال ولا خلاف.

قال فى الشرائع: (وغصب الأمه الحامل غصب لحملها لثبوت يده عليهما)، وعن التحرير أنه قال: (لو غصب الأمه الحامل كان غصباً للحمل، فلو تلف الحمل أزم بقيمته بأن تقوم الأمه حاملاً وغير حامل، ويلزم بالتفاوت، ولو تلف بعد الوضع أزم بالأكثر من قيمته وقت الولادة إلى يوم التلف، وكذا البحث فى الدابه الحامل)(١) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أنه باستيلائه على الحمل والحامل يكون غاصباً لهما، سواء علم بالحمل أو لم يعلم، إذ قد سبق أن العلم لا أثر له فى تحقق الغصب، ولا- يحتاج إلى القصد، وحينئذ فلو تلف أحدهما دون الآخر، أو تلفاً معاً، سواء بعد الوضع أو قبل الوضع، كان اللازم ضمانه للتالف بأعلى القيم من يوم الغصب إلى يوم الأداء، فإذا هزل بعد السمن كان ضامناً للسمن، وإذا سمن بعد الهزال كان ضامناً للسمن أيضاً، وهكذا فى سائر الشؤون.

ولذا يظهر أنه لا وجه لاحتمال قيمه وقت التلف، وإن احتمله المسالك والجواهر.

قال فى الجواهر: (وإن تلفت أو تلف بعد الوضع، ففى المسالك أزم بالأكثر من قيمه الولد وقيمتها حاملاً إن اعتبرنا الأكثر، وإلا فقيمه يوم التلف، ولعل المراد قيمه الولد يوم التلف، فىكون المعنى أنه إذا تلف الولد بعد الوضع غرم الأكثر من قيمه الولد إلى يوم التلف، مضافاً إلى الأ-كثر من تفاوت قيمتها حاملاً وحائلاً، وعلى القول باعتبار وقت التلف كان عليه قيمه الولد حينه، وقيمه التفاوت كذلك إن كان)(٢) انتهى.

ص: ٤٩

١- تحرير الأحكام الشرعيه: ج ٤ ص ٥٢١ _ ٥٢٢ ط الحديثه

٢- جواهر ال كلام: ج ٣٧ ص ٣٠

إذ قد عرفت أنه لما كان ضامناً لزم أن يكون ضامناً لأعلى القيم، لشمول دليل اليد وغيره له.

نعم الظاهر أنه لو سبب الغاصب الحمل، أو سبب النمو للحمل، أو سبب النمو للأم كان شريكاً بقدر ما أنماه، لقاعده: (أن ليس للإنسان إلا ما سعى)^(١)، فإنه لا وجه لذهاب سعيه بسبب غصبه، ولا منافاه بين الأمرين.

ويؤيده ما رواه الوسائل في باب بيع الثمار، عن هارون بن حمزه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجدوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال (عليه السلام): «له الحمل يصنع به ما شاء، إلا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه»^(٢).

وفى روايته الأخرى، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يشتري النخل ليقطعه الجدوع فيدعه فيحمل النخل، قال: «هو له، إلا أن يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه»^(٣).

وسياتى لهذا الحكم مزيد توضيح، إن شاء الله تعالى.

أما الفرع الثاني: من فرعى الشرائع، حيث قال: (وكذا يضمن حمل الأمه المبتاعه بالبيع الفاسد)، فهو الذى قرره التذكرة والتحرير وغيرهما أيضاً، خلافاً لما عن القواعد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرهم من عدم الضمان، لعدم كونه مبيعاً حتى يضمن بقاعده (ما يضمن بصحيحه)، فهو حينئذ أمانه فى يد المشتري.

ص: ٥٠

١- سورة النجم: الآية ٣٩

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ٢

وأشکل علیه الجواهر بقوله: (فيه: إنه مع فرض عدم إذن من المالك إلا- الإذن السعيه التي فرض عدمها يتبين الفساد، فيتجه الضمان حينئذ لعدم الإذن، والأصل الضمان، وقاعده ما يضمن بناء الضمان فيها على ذلك، وإلا فهي ليست من أسبابه من حيث نفسها، وحينئذ فلاحاجه إلى ما في الدروس من حمل القول بالضمان على إرادته اشتراط دخول الحمل) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده عدم الضمان، لأن دليل الضمان هو (على اليد)، و(على اليد) منصرف إلى اليد العدوانيه، وليست هذه اليد منها، ومثله ما لو قامر فأعطاه المال لأجل غلبه في المقامره، فإنه إذا تلف المال بدون تعدد وتفريط منه لم يكن ضامناً، وكذا إذا أعطاه أجراً للبقاء، فإن الأجر وإن لم يصبح مالها إلا أن تلفه لا يوجب ضمانها، إلى غير ذلك من الأمثله.

وبذلك يظهر أن تفصيل المحقق الرشتي في المسأله ليس على ما ينبغي، قال في رد قول الروضه: بأن تسليمه بإذن البائع: (فيه: إن هذا ليس بإذن معتبر في الأمانات على ما هو الأظهر في الإذن المعتبر فيها، لأن التسليم بالإذن تاره يكون من جهه توطين المالك نفسه على تسليط الغير على ماله بدون استحقاق ذلك الغير، كما في الرهن والعاريه والوديعة والوكالة وما أشبهها من الأمانات، فإن التسليم في هذه المقامات تسليم ناشئ من قبل المالك، وتسليط الغير على ماله بدون استحقاق شرعي لذلك الغير للتسليط المزبور.

وأخرى يكون من جهه استحقاق الغير كما في البيع الفاسد، فإن تسليم المبيع ليس تسليطاً من البائع للغير على مال نفسه، بل على مال ذلك الغير

باعتبار الاستحقاق الذي اعتقده البائع في المشتري، إما جهلاً بالحكم الشرعي أو اقتراحاً منه بحسب ما يقتضيه القصد العرفي كالقمار مثلاً.

والتسليم في مثل هذا القسم ليس تسليمًا من المالك توطئاً لتسليط الغير على مال نفسه، بل على مال الغير بحسب اعتقاده، والذي ظهر من الأخبار وكلمات الأخيار في باب الأمانات أن الإذن والتسليم الرافعين لحكم الضمان ما كان من القسم الأول دون الثاني، لأن النظر الدقيق يقتضى بأنه ليس فيه إذن وتسليم وتسليط من الشخص على مال نفسه، فلا وجه للحكم بعدم الضمان مع ثبوت اليد، ومن هنا اتجه القول بالضمان في الإجاره الفاسده بالنسبه إلى العين، لأن تسليم العين المستأجره لما كان في الإجاره الفاسده باعتبار اعتقاد الموجر استحقاق المستأجر للمنفعه كان قهرياً وغصباً عليه، وإن كان بسببه الذي هو العقد صادراً باختياره ومن قبل نفسه)، إلى آخر كلامه.

فإنه لا دليل على هذا التفصيل، وإنما الدليل (على اليد) (١)، فإذا لم يشمل (على اليد) المقام كعدم شموله للقمار والبغاء والإجاره ونحوها، كان مقتضى القاعده أصل البراءه عن الضمان.

ومثله ما إذا زعم المسلم أن المال للمسلم إليه، فسلمه باعتبار أنه ماله لا مال المسلم بالكسر، فعطب أو تلف عند المسلم إليه، فإن الأصل عدم الضمان.

وعليه فالحمل في البيع الفاسد ليس مضموناً على المشتري كأصل المبيع، فإن أصل المبيع مضمون لأنه مما يضمن بصحيحه، فيضمن بفاسده.

ص: ٥٢

أما الحمل فحيث لم يكن مضموناً بصحيحه لم يكن مضموناً بفاسده، فقول المحقق المذكور في وجه الضمان: (ضروره عدم اقتران التسليم بالإذن لا من المالك لكون تسليمه تبعاً للمبيع الذى دفعه ليس إذناً فى تصرفه على أنه مال البائع، ولا من الشارع لفساد العقد) غير ظاهر الوجه.

ومثله ضمان حمل المقبوض بالسوم مع فرض كون السوم على الحامل دون الحمل، ولذا صرح غير واحد بعدم الضمان لكونه أمانه صرفه فى يده، وضمن الحامل فقط، واختاره الجواهر، لكن عن التذكرة التصريح بضمانه أيضاً.

وقال فى الجواهر: يمكن حمله على المفروض دخوله فى السوم مع الحامل.

ومما تقدم ظهر الوجه فيما عن الدروس من أنه لو أثبت يده على مسجد أو رباط أو مدرسه على وجه التغلب ومنع المستحق، فالظاهر ضمان العين والمنفعه، لشمول (على اليد) عليهما، بل إضافة الدروس منع المستحق مستدركه، إذ إذا وضع يده على المذكورات على وجه التغلب وإن لم يكن مستحق فى البين كان ضامناً لدليل (على اليد).

ومنه يظهر وجه النظر فى إشكال الجواهر على الدروس بقوله: (قد يشكل الضمان فى المسجد ونحوه والمشاعر مما لم تكن المنفعه فيه ملكاً، وإن ملكوا الانتفاع به، إذ هو غير المنفعه فلا ماله حينئذ حتى يتجه الضمان، وإن تحقق الغصب فى مثله) انتهى.

بل ذكرنا فى كتاب إحياء الموات أن الإنسان إذا أقام من قعد فى

مسجد أو موات أو شارع أو رباط أو ما أشبهه، وجلس مكانه لا يستبعد ضمانه للمنفعه، لأن دليل «من سبق»^(١) بالاضافه إلى «لا يتوى»^(٢) ونحوه يفيد ذلك، وإن كان ظاهر المشهور أنهم لا يقولون بالضمان.

ففرق الجواهر بين المسجد وغيره بقوله: (إن ما كان ملكاً للمسلمين أجمع كالطرق ونحوها، لا بأس بالقول بالضمان عيناً ومنفعه، بل المسجد الموقوف لا المخلوق مشعراً كذلك أيضاً إن قلنا بكونه ملكاً للمسلمين عيناً ومنفعه، وإن كان هو لا يخلو من نظر، لقوه احتمال كونه كالتحرير في الخروج عن الماليه)، غير ظاهر الوجه.

ثم إننا قد ذكرنا في كتاب الرهن أن المالك إذا استولى على المرهون عدواناً كان ضامناً له بالمثل أو قيمه، فيكون البدل أيضاً رهناً، وهذا هو الذى ذكره المسالك والجواهر وغيرهما، وإن كان حق المرتهن لا يسمى مالاً بل نزل منزلته.

وكيف كان، فلا- يشترط فى الغصب أن يكون مال الغير، بل لا- فرق فى ذلك بين أن يكون مال الغير أو حق الغير، سواء حق المنفعه أو حق الانتفاع، على ما فرق المشهور بينهما، ففى مثل الإجازات حق المنفعه، بينما فى مثل الجلوس فى المسجد حق الانتفاع.

أما إذا استولى الضيف على طعام الضيف الآخر الذى قدمه لهما المضيف، فإن كان ذلك على نحو الهبه للضيف، كان الضيف الغاصب غاصباً لحقّ الضيف الآخر وعليه بدله.

ص: ٥٤

١- الوسائل: ج ٣ ص ٥٤٢ الباب ٥٦ من أحكام المساجد ح ١ و ٢

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من كتاب الشهادات ح ٥

أما إذا كان على وجه الإباحه، واستولى الضيف عليه وأكله مثلاً، فإنه يكون ضامناً للمضيف لا للضيف.

والظاهر أنه يصح للحاكم الشرعى جعل الغرامه الزائده على أصل العين والمنفعه على الغاصب، من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر، ومن باب السياسات الشرعيه، وقد ورد مثل ذلك فى حديث رواه الوسائل فى جواز أكل الماره من الثمار، عن الكلينى، بسنده إلى السكونى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) قال: قال النبى (صلى الله عليه وآله): «فمن سرق الثمار فى كمه: فما أكل منه فلا إثم عليه، وما حمل فيعزر ويغرم قيمته مرتين»^(١).

وكذلك رواه الشيخ أيضاً.

وعليه فيصح أن تكون الغرامه لبيت المال، كما تصح أن تكون الغرامه للمالك حسب جعل الحاكم الشرعى الذى يرى ذلك سياسهً ونهياً عن المنكر.

ص: ٥٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤ الباب ٨ من أبواب بيع الثمار ح ١

مسأله ۴ الضمان على الأيدى المترتبة

(مسأله ۴): قال فى الشرائع: (ولو تعاقت الأيدى الغاصبه على المغصوب، تخير المالك فى إلزام أيهم شاء، أو إلزام الجميع بدلاً واحداً).

وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل فى مجمع البرهان دعواه.

أقول: ومقتضى ذلك أنه يتمكن من أخذه من كلهم على سبيل البدل، أو أخذ البعض المتساوى من جميعهم، مثلاً إذا كانوا أربعة أخذ من كل واحد منهم ربعه، وأخذه منهم على سبيل النسبه كأن يأخذ من أحدهم النصف ومن الآخر الربع وهكذا.

ولذا قال فى المسالك: حيث يتخير المالك فى إلزام أيهم شاء ببدل المغصوب عيناً وقيمه، وفى إلزام الجميع بدلاً واحداً على التساوى أو الاختلاف، وإلزام أكثر من واحد وترك الباقي، لاشتراك الجميع فى المقتضى بالضمان، وهو إثبات يده على مال الغير بغير إذنه.

ويدل عليه بالإضافة إلى الدليل المذكور فى المسالك وغيره جملة من الآيات:

كقوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١).

وقوله سبحانه: (وجزاء سيئه سيئه) (٢).

وقوله تعالى: (والحرمان قصاص) (٣).

وجمله من الروايات:

ص: ٥٦

١- سورة البقره: الآيه ١٩٤

٢- سورة الشورى: الآيه ٤٠

٣- سورة البقره: الآيه ١٩٤

كقوله (عليه السلام): «كل مغصوب مردود»^(١).

وقوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت»^(٢).

وقوله (عليه السلام): «لا يتوى حق امرئ مسلم»^(٣).

وقوله (عليه السلام): «وإن فوتها المغتصب أعطى العوض»^(٤).

إلى غيرها، حيث لا أولويه لأن يكون أحدهم مسؤولاً دون الآخرين، واحتمال أولويه العالم دون الجاهل، والذاكر دون الناسي، والغار دون المغرور، ومن تلف في يده دون غيره، غير تام بعد كون الأدله بالنسبه إلى الجميع واحداً من حيث الضمان، وإن كان الجاهل والمغرور والناسي فرضاً غير آثمين، إذ لا منافاه بين الأمرين، كما أنه لا فرق في صورته تعاقب أيديهم بين كون الضمان لأجل البيع الفاسد أو غيره.

ولذا قال في الجواهر: ظاهر عدم تقييد الأيدي بكونها غاصبه في النافع واللمعه يقتضى عدم الفرق في الضمان بين الجاهل والعالم، وإن اختلفا في الإثم وعدمه، والغرور وعدمه، بل هو صريح المحكى عن المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والروضه والكفایه.

وحيث إن ظاهر (على) في قوله: «على اليد» أن الشيء في عهده الآخذ، يصح في المغصوب منه أن يأخذ المغصوب من أيهم شاء، سواء كانت عينه موجوده أو مفقوده، فإذا كانت العين موجوده حق له أن يأخذها ممن بيده،

ص: ٥٧

١- الوسائل: ج ٣ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٤

٣- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نواذر الشهادات ح ٥

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١

كما حق له أن يأخذ بدلها ممن مرت العين في يده، إذ (على) شامل له، فلا يقال: إن العين حيث كانت موجوده لا حق له في أخذ بدلها، فإن (على) أقوى في الدلاله من دلاله دليل رد نفس العين ما كانت موجوده، سواء كان الذى بيده العين ممكن أخذها منه أو لا، كما إذا غضبها زيد ثم غضبها السلطان الجائر من زيد، حيث لا يتمكن المالك من استردادها من السلطان.

نعم إذا أخذ بدلها والعين موجوده، ثم تمكن من العين واستردها، وجب عليه رد البديل إلى من أخذ البديل منه، فالبديل بديل حيلولة، فلا حق له في الجمع بين البديل والمبديل.

أما إذا أخذ البديل من أحدهم، فهل يحق للذى العين في يده أن لا يرد العين على المأخوذ منه، وإنما يرد عليه بدل العين، الظاهر العدم، لأن ما أخذ المالك من الغاصب من البديل كان بدلاً عن العين، فاللازم إعطاء العين لمن أخذ المالك منه.

وإذا استرد المأخوذ منه العين، فهل يجب عليه إعطاؤه للمالك وأخذ بدله، الظاهر ذلك، لأن للمالك حقين، حقاً في المالىه والقيمه، وحقاً في العين، فاستيفاء حقه في المالىه لا يكفى من استيفاء حقه من العين.

كما أنه إذا أخذ المالك البديل من أحدهم، والعين موجوده في يد غيره، وجب على ذلك الغير رد العين إلى المالك، للدليل المذكور، حيث إن العينيه حق للمالك، فإذا رد العين إلى المالك رد المالك البديل إلى من أخذ منه البديل.

وبذلك ظهر أنه إن أراد أحدهما إعطاء العين، والآخر إعطاء البديل، لم يحق للمالك أخذ البديل، إذ ما دامت العين موجوده ومبذوله لا معنى لأخذ بدلها.

والظاهر أنه إذا أراد أحدهم إعطاء البدل في هذا اليوم، والذي بيده العين إعطاءها بعد شهر، حق له أخذ البدل في هذا اليوم إلى تحصيل العين بعد شهر، لأن بدل الحيلولة كما يقع بدلاً عن العين إلى الآخر، يقع بدلاً عن العين في بعض الأزمنة.

كما إذا ألقى متاع غيره في البحر، ويخرج المتاع بعد شهر، فإنه يحق له أخذ بدل الحيلولة منه في هذه المدة، حيث إن حرمانه عن العين والمنفعة يوجب حقه في تدارك المنفعة إلى تحصيل العين، وذلك مستفاد من قوله: «على اليد ما أخذت» فإن (ما) عبارة عن العين في زمان الإمكان، والبديل في زمان عدم الإمكان كما يستفاده العرف منه.

لكن لا-يبعد أن يكون لمعطي البدل الحق في توزيع الأجره ونحوها على جميع الغاصبين، مثلاً إذا كانت إجاره البدل في مدة شهر عشره، وكان الغصاب خمسه، حق له أن يأخذ ثمانية من الغصاب الأربعة الباقية، إذ لا وجه في تحمله كل ضرر الغصب.

أما قرار ضمان الأجره كلاً فالظاهر أنه على الذي بيده العين، سواء تمكن من ردها أو لم يتمكن في ذلك الشهر، لأن الدليل الذي ذكره في قرار الضمان وسيأتي الكلام فيه يأتي هنا أيضاً.

نعم لو تعاقبت الأيدي على العين واليد الأخيره ألقتهما في البحر، فإن الأجره بين مدة الغصب ووقت إلقائها في البحر على من كانت العين بيده في تلك المدة، إذ المنفعة فاتت في أيديهم فرضاً لا في يد واحد منهم، مثلاً كانت العين في ظرف سنه عند كل غاصب من الغصاب الستة شهرين، فإنه لا حق لأن

يجعل كل الأجره على الأخير الذى تلفت العين فى يده.

ثم إن تصور اشتغال الذمم على سبيل البدل لما كان شبيهاً بالواجب الكفائى المذكور فى موضعه، وكان أمراً اعتبارياً، والأمور الاعتباريه خفيف المؤنه، لا- حاجه إلى تحقيق حقيقه المحقق الرشتى فى الموضع، وإن كان لا- بأس به فى نفسه، من جهه كونه تشريعاً للأمر العرفى الاعتبارى المذكور.

وكيف كان، فقد ذكر الجواهر تبعاً لغيره: (إن قرار الضمان على من تلف المغصوب فى يده منهم، بمعنى أنه لو رجع المالك على غيره رجع هو عليه، مع فرض عدم زياده فى العين يختص الأول بضمانها بخلاف ما لو رجع عليه نفسه، فإنه لا رجوع له على غيره، لأن ذمته المشغوله للمالك بالبدل، وإن جاز له إلزام غيره باعتبار الغصب بأداء ما اشتغلت ذمته به، فيملك حينئذ من أدى بأدائه ما للمالك فى ذمته بالمعاوضه الشرعيه القهريه، وبذلك اتضح الفرق بين من تلف المال فى يده، وبين غيره الذى خطابه بالأداء شرعى لا ذمى، إذ لا دليل على شغل الذمم المتعدده بمال واحد، فحينئذ يرجع عليه ولا يرجع هو) انتهى.

وإن كان فيه أولاً: إنه لا يختص ذلك بتلف العين، بل إذا غصبها زيد ثم غصبها عمرو من زيد وكانت العين باقيه، كان للمالك الرجوع إلى زيد، لما تقدم من عموم الأدله له وإن كانت العين موجوده.

وثانياً: إن الظاهر اشتغال ذمم متعدده بالمال الواحد كاشتغالها بالواجب الواحد فى الواجب الكفائى، فإن الأمور الاعتباريه خفيفه المؤنه، فلا وجه للقول بعدم اشتغال ذمم متعدده بعد أن يرى العرف ذلك، ويستفیده من ظاهر الأدله المتقدمه.

وحيث قد عرفت عدم الفرق في الرجوع بين الجاهل والعالم والمغرور والغار، فتردد المقدس الأردبيلي أو ميله إلى عدم الرجوع على الجاهل المغرور الذي لم يعلم اندارجه في قوله (صلى الله عليه وآله) في خبر سمره بن جندب: «على اليد» (1) الذي لم تثبت صحته ولا تواتره بعد معلوميه عدم كونه غاصباً، وإلا لكان آثماً غير ظاهر الوجه.

إذ أولاً: الدليل غير منحصر في (على اليد) كما عرفت سابقاً.

وثانياً: (على اليد) معمول به قديماً وحديثاً، بل الإجماع قائم على العمل به في مختلف الأبواب المتفرقة، فالسند حتى إذا كان ضعيفاً لا يضر بعد عمل المشهور، بل المجمع عليه به.

وثالثاً: قد عرفت أنه لا تلازم بين الغصب والإثم، فيتحقق الغصب أحياناً وإن لم يتحقق الإثم.

ورابعاً: ظاهر (المغرور يرجع إلى من غره)، أن المغرور مرجوع إليه، وإنما هو يرجع إلى من غره، لا- أنه لا- يرجع إليه، كما هو ظاهر المقدس المذكور (رحمه الله).

وخامساً: حديث (على اليد) مروى في كتبنا الفقيهيه من زمان شيخ الطائفة إلى هذا اليوم، غير مسند إلى سمره، كما أنه مروى أيضاً في جملة من كتب الروايات ككتاب الغوالي وتفسير أبي الفتوح وغيرهما.

نعم لا توجد هذه الروايه في مثل الكافي والتهذيب والاستبصار والفقيه ونحوها، وذلك لا يضر ولا يوجب إسناده إلى أحاديث العامه فقط.

ص: ٦١

وسادساً: إن مثل قوله (عليه السلام): «الغضب كله مردود»^(١)، كاف في الاستناد، وإن أشكل على حديث «على اليد»^(٢).

ص: ٦٢

١- الوسائل: ج ٦ ص ٣٩٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من کتاب الغضب ح ٤

مسأله ٥ هل يضمن الحر بالغصب

(مسأله ٥): قال فى الشرائع: (والحر لا يضمن بالغصب، ولو كان صغيراً).

وفى الجواهر: (لا- عيناً ولا منفعةً، بلا خلاف محقق أجده فيه على معنى كونه كغصب المال الموجب للضمان، وإن مات حتف أنفه، بل ولا إشكال ضروره عدم كونه مالاً حتى يتحقق فيه الضمان) انتهى.

وفى القواعد مثل الشرائع.

وعن مجمع البرهان أنه قال: (الظاهر أنه لا خلاف فى أن الحر لا يُضمن بوضع اليد والغصب، لأنه ليس بمال فلا يدخل تحت يد المتصرف، فإن إثبات اليد والتصرف إنما يقال فى الأموال، ولا فرق فى ذلك بين كونه صغيراً وكبيراً، مميزاً قادراً على الدفع عن نفسه وغيره، مجنوناً أو عاقلاً، تلف بموت أو بشيء ليس للقبض فيه مدخل) انتهى.

وقال فى مفتاح الكرامه بعد نقله العبارة المتقدمه: (وهو كذلك إلا ما يظهر من المفاتيح حيث قال: قيل إن الحر لا يضمن) إلى آخره.

ولعله يظهر من النافع حيث ساوى بين الموت بسبب وبغير سبب، قال: ولو كان لا بسببه كالموت ولدغ الحيه، فقولان.

وفى المهذب البارع والمختصر: إن الأصحاب على خلافه.

واعتذر عنه فى التنقيح بأنه مسامحه.

ولا تصغ إلى ما فى الكفايه من أن عدم ضمان الحر بالغصب هو المشهور، ولعله لعدم تعرض القدماء له، وإلا فلا نجد مخالفاً، لأنها قد طفت عبارات المتأخرين بأن الحر لا يُضمن بالغصب.

لا يقال: يشمله دليل (على اليد) و(الغصب)

مردود) ونحوهما، كما يؤيده ماورد في [كتاب الديات] من ضمان من أخرج إنساناً من بيته فلم يرجع، لأنه يقال ظاهر حتى تؤدي في ذيل الحديث الأول أنه في المال ونحوه، فلا يشمل مثل ارجاع الحر أو اعطاء ديته فإنه لا يصدق عليه الاداء.

ولذا قال المحقق الرشتي: (قوله «حتى تؤدي» قرينه على تخصيص الموصول، ولا- يمكن جعل عمومه قرينه على التوسع والمسامحة في معنى اليد الأول، وجه القرينه عدم صدق الأداء على دفع ديه الحر، لأن دفع القيمة أو المثل في الماليات دفع بالعين المغضوبه عرفاً، ضروره قيام العوض في الماليات مقام المعوض في جل الفوائد المقصوده عند العقلاء لو لم يكن في كلها، بخلاف الديه فإنها ليست عوضاً لنفس لا حقيقه ولا حكماً، وإنما هي حكم شرعي شبه الجريمه)، إلى آخر ما ذكره.

كما أن قوله (عليه السلام): «الغصب كله مردود»^(١)، لا يمكن التمسك به بعد قرينه صدره بإرادته غير ذلك، لأن الحديث كما تقدم في باب الغنيمه وأن صوافي الملوك للإمام (عليه السلام) إلا إذا كان مغضوباً، فلا ربط له بالحر.

أما حديث رد الإنسان المأخوذ بليل، مما رواه عبد الله بن ميمون، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «إذا دعى الرجل أخاه بليل فهو له ضامن حتى يرجع إلى بيته»^(٢)، فلا ربط له بالمقام، إذ ليس ذلك في مسأله الغصب، وإنما هو حكم شرعي تعبدى ثبت بالنص المؤيد بالشهره، حيث لولاها كان الأصل

ص: ٦٤

١- الوسائل: ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٨٦ الباب ٣٦ من أبواب موجبات الضمان ح ١

عدم الضمان كما هو واضح، فلا يمكن أن يستدل به للمقام.

ثم إنه لو أصاب الصغير غرق أو حرق أو موت في يد الغاصب من غير تسببه لم يضمه، وقال الشيخ في كتاب الجراح: (يضمه الغاصب إذا كان صغيراً فتلف بسبب، كلدغ الحية والعقرب ووقوع الحائط). كذا في الشرائع.

وفي القواعد: (لو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كلدغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأى).

وعلق عليه في مفتاح الكرامه بقوله: (قوى كما في الخلاف والدروس، وفيه قوه كما في المختلف، وحسن كما في المقتصر، وهو خيره المبسوط في باب الجراح والتبصره وتعليق الإرشاد ومجمع البرهان).

وقد أفتى به جمع، كما في جامع المقاصد، وكأنه مال إليه فيه.

والمخالف الشيخ في غضب المبسوط، والمحقق في ظاهر الشرائع أو صريحها، والشهيد في ظاهر إطلاق اللمعه، وفي الإيضاح إنه أقوى.

وقد يظهر ذلك من موضع من التذكرة، وكأنه مال إليه في المسالك والكفايه، وفي الأول إنه الأشهر، وفي الثانى إنه المشهور، ولا- ترجيح في النافع وكشف الرموز والتحرير والإرشاد والتذكرة في موضع منها، وغايه المراد والتنقيح والمهذب البارع والروضه، والأول أقوى(1) انتهى.

أقول: دليل القول بالضمان أمور:

ص: ٦٥

١- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٧٦ _ ٧٧ ط الحديثه

الأول: صدق (اليد) و(أن الغضب مردود) وما أشبهه.

الثاني: ما رواه وهب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «من استعار عبداً مملو كاً لقوم فعيب فهو ضامن، ومن استعار حراً صغيراً فعيب فهو ضامن» (١).

الثالث: إنه بغضبه صار سبباً شرعاً لتلفه كحفر البئر، وكدعوه الإنسان إلى داره فعقره كلبه وما أشبه ذلك، قال في مفتاح الكرامه: إنه سبب لتلفه مع عدوانه، فهو أقوى من حافر البئر، لأن عروض المهلكات له كثيره، بل قصد القتل بمثل ذلك ممكن متوقع، ولو كان في مكانه ما لدغته الحيه، وليس هو قادراً على دفع المهلكات عن نفسه، وليس هناك مباشر أقوى من السبب.

الرابع: إن عدمه يقضى إلى الاحتيال في قتل الأطفال.

الخامس: الضمان في نقل المملوك الصغير والمجنون إلى المسببه أو المضيعه، كما عن التذكره.

السادس: المفهوم من روايه السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن رجلاً شرد له بعيران فأخذهما رجل فقرنهما في حبل فاختنق أحدهما ومات، فرفع ذلك إلى علي (عليه السلام) فلم يضمه، وقال: إنما أراد الإصلاح» (٢).

لكن كل ذلك فيه نظر.

إذ يرد على الأول ما تقدم، والحديث كما في الجواهر لا جابر له ولا عامل به، أما كونه سبباً لتلفه، فالكلام فيما لم يكن كذلك، فهو خروج عن موضوع

ص: ٦٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٨ الباب ١ من أبواب كتاب العاربه ح ١١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٠٦ الباب ٣٥ من أبواب كتاب الديات ح ١

المسأله، وكونه منتهيا إلى قتل الأطفال مجرد اعتبار.

وما عن التذكرة غير ما نحن فيه، لأن ما في التذكرة ما كان سبباً، والكلام فيما إذا لم يكن سبباً، والرواية الأخيرة لا دلالة فيها على أن كل غير مصلح يكون ضامناً، بل تدل على أنه فيما إذا لم يكن إصلاحاً كان ضامناً لدليل (اليد) مثلاً، وإذا كان إصلاحاً لم يكن ضامناً، فلا كلى في المفهوم يشمل المقام، ولا يقول به أحد، فالأقرب عدم الضمان كما عرفت ممن تقدم أسماؤهم.

ولذا قال في الجواهر: (فالمتمجه عدم الضمان مع فرض عدم تقصير منه في حفظه بالإهمال ونحوه، وربما يحمل القول بالضمان على ما لو أهمل بحيث يكون سبباً في تلفه لكونه غير قابل لحفظ نفسه، بخلاف ما إذا لم يهمل فاتفق تلفه بأمر لا مدخل لإهماله فيه، وحينئذ يكون النزاع لفظياً، والظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين الصغير والمجنون، كما صرح به جماعه) انتهى.

أقول: وكذلك غيرهما ممن لا يملك أمره كالمعتوه ونحوه، لوحده الملاك في الجميع، ومنه يعلم وجه النظر فيما عن جامع المقاصد والروضه من (أنه لو كان بالكبير خبل، أو بلغ رتبة الصغير لمرض أو كبر، ففي إلحاقه وجهان)، إذ قد عرفت أنه لا وجه لعدم الإلحاق حيث لا خصوصية للصغير، بل الخصوصية عدم قابليته للدفع عن نفسه، فكل من كان كذلك كان في حكمه.

ومنه يظهر أنه لو حبس الكبير في مكان، أو ذهب به إلى مكان لا يتمكن من التخلص أو نحو ذلك، فتلف أو عطب منه شيء، كان السبب ضامناً، لعدم الفرق أيضاً.

ص: ٦٧

ولذا حكى عن مجمع البرهان أن الظاهر عدم الفرق بين المجنون والصغير، وبين الكبير إذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه، ثم حصل فى الحبس شىء أهلكه لظلمته وعدم قدرته على الفرار من أذيته، لأنه حينئذ كالطفل، فعلة الضمان فيه هى علة الضمان فى الأولين.

ولذا اختار الضمان الجواهر أيضاً.

والحاصل أن الضمان ليس مطلقاً، بل فيما إذا كان تسبب، والتسبب إنما يوجب الضمان لما ذكر فى كتاب الدييات، من أنه يصدق عليه أنه قاتل أو ما أشبهه، وحينئذ يأتى فى المقام كون القتل عمداً أو شبه عمداً أو خطأً، لوحده الدليل فى المقامين، كما أنه يأتى فى المقام عدم الفرق بين كونه موجباً لهلاكه، أو موجباً لما يوجب القصاص أو الديه، لوحده الدليل فى الجميع.

وبذلك يظهر أن الحكم بالضمان لا يتبع العدوان، بل وإن لم يكن عدوان إذا كان سبباً، بل وإن كان محسناً بعمله، كما لو أنه أعطاه دواءً بقصد الإحسان فأماتته فإنه ضامن، كما ذكره فى الطيب.

وقد ذكرنا فى كتاب الدييات أنه ليس كل محسن غير ضامن، وإن كان ربما يقال بذلك لقوله سبحانه: (ما على المحسنين من سبيل) (١)، إلا أنه عام مخصص بالأدله الثانويه، أو يراد به السبيل فى العقاب والإثم.

ثم إنه ربما يتوهم صدق اليد باعتبار أن الأصحاب ذكروا فى أنه لو ادعى أحد ملكيه صغير تحت يده كان كذا، فإذا كان هناك يصدق اليد فهنا أيضاً يصدق، فيشمله على اليد.

ص: ٦٨

وفيه: ما ذكره المحقق الرشتي من أن اليد قسمان، صوريه وواقعيه، والأولى عباره عن مجرد النصرف الحسى، والثانى عباره عنه مع السلطنه الواقعيه التامه، وموضوع الحكم فى سبب الضمان هو الثانى، وموضوع الحكم فى بدالته على الملكيه هو الأول، فلا منافاه، وهو كما ذكره (رحمه الله).

ثم إنه لو شك فى أنه هل كان سبباً أم لا، فإذا لم يكن ظهور عرفى فى أحد الأمرين، فالمرجع أصاله العدم، أما إذا كان ظهور عرفى فهو المرجع، لصدق القتل ونحوه عرفاً، مما كان مستنداً إلى الضمان فى السبب.

ولو فقد الطفل لا بالقتل، فقال الولي: إن الذى ذهب به هو السبب، وأنكر الذاهب به، فالظاهر أنه من باب الدعوى، كما أنه لو جرح الطفل فادعى الطفل أن فلاناً جرحه، فقد ذكرنا فى كتاب القضاء أن قول المشهور: لا يسمع دعوى الطفل، لا دليل عليه، بل مقتضى القاعده سماع دعواه أيضاً.

كما إذا ادعى أن فلاناً فعل به فعلاً حراماً، أو قطع يده أو ما أشبهه، فعلى الحاكم أن يحقق فى الموضوع حسب موازين الدعوى، وربما يؤيده الحديث فى الغلمان الذى غرق أحدهم فى الفرات، كما ذكرناه فى باب الديات، والله سبحانه العالم.

(مسأله ٦): لو استخدم الحر فعلية الأجره، بلا خلاف أجده فيه، بل ولا إشكال، لأن منفعتة متقومه حينئذ، فهو كمن أخذ مال غيره، ولو لأن منفعتة المزبوره تقابل بالمال، كذا في الجواهر.

وقد نقله في مفتاح الكرامه في شرح مثل عباره الشرائع من القواعد، قال: كما في النافع والتذكره والتحرير والإرشاد والتبصره والمسالك ومجمع البرهان واللمعه والروضه.

وفي مجمع البرهان: لعله ممّا ليس فيه خلاف.

وفي الرياض: إنه لا خلاف فيه.

قال في الشرائع: (ولو حبس صانعاً لم يضمن أجرته ما لم ينتفع به).

وقال في الجواهر: فضلاً عن غير الصانع بلا خلاف أجده فيه.

وفي مفتاح الكرامه نقله عن النافع والتحرير والإرشاد والتبصره والمهذب البارع والمسالك والروضه.

وعن الكفايه إنه مقطوع به في كلام الأصحاب.

لكن عن التذكره إنه قال: هو الأقوى، وقال: لا تعرض للعلامه في غيرها فيما أجده.

لكن عن المقدس الأردبيلي وأستاذه: الضمان فيما كان الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس.

وعن الرياض نقله عن خاله العلامه في بعض حواشيه قائلاً: إن ثبت إجماع على ما ذكره الأصحاب، وإلا فالأمر كما ذكره الشارح، ومال إليه في الرياض، حيث يكون الحابس سبباً مفوتاً لمنافع المحبوس.

واستدل المشهور لعدم الضمان، بأن منافع الحر لا تدخل تحت اليد تبعاً له، فأشبهت ثيابه إذا تلفت عليه، وأشبهت أطرافه إذا تلفت، وبأن المغصوب ليس ما لا تتبعه منفعه، ولذا فلا ضمان.

والظاهر الضمان، كما ذكره غير المشهور، لآيه (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١)، وآيه (وجزاء سيئه سيئه) (٢)، وقوله سبحانه: (فمن عاقب بمثل ما عوقب به) (٣).

وللروايات المتقدمة مثل: «لا يتوى حق امرئ مسلم»، و«الغضب مردود»، و«فوتها» (٤)، فإنه لا شك أنه يصدق على هذا الإنسان الحابس أنه غصب هذا الحر وفوت منفعه، ولدليل «لا ضرر»، وقد تقدم وجه الاستدلال به، وبأنه سبب للفوت.

وبذلك يظهر وجه النظر في استدلال المحقق الرشتي لعدم الضمان بعدم الموجب له، (إذ المفروض أن المنافع لم تتحصل في الخارج حتى يتصور فيه الاستيفاء الذي هو بمنزلة الإتلاف في الأعيان، وأسباب ضمان المنافع منحصرة في الإتلاف، لعدم تصور اليد الموجب للضمان عليها، مع أن اليد على المنفعة لو قلنا به فإنما نقول إذا كان اليد على العين أصالةً وعليها تبعاً) إلى قوله:

(وقد تلخص مما ذكر أن المنافع غير المستوفاه يصح سلب المالىه عنها شرعاً و عرفاً، إلا فى مقام فرض وجودها الخارجى فى مقام النقل والانتقال

ص: ٧١

١- سورة البقره: الآيه ١٩٤

٢- سورة الشورى: الآيه ٤٠

٣- سورة الحج: الآيه ٦٠

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١

من غير فرق فيه بين منافع الأحرار والعبيد والأملاك، وأنه على تقدير تسليم كونها مالا لا يدخل تحت اليد أصلاً حتى في منافع الأملاك، وإنما الداخلة فيها نفس العين، وأما ضمانها فمستند إلى قاعده اليد^(١)، إلى آخر كلامه.

إذ قد عرفت أن الدليل ليس منحصراً في قاعده اليد، وأنه منقوض بمنافع الأملاك، مع أنهم يقولون بضمانها مع عدم استيفائها، فأى فرق بين الأمرين، والشاهد لصدق الضرر عليه العرف فإنهم يقولون أضرب به، فيشمله دليل «لا ضرر» بالتقريب الذي ذكره في خيارى العيب والغبن، كما تقدم في بعض المسائل السابقة.

أما قول الجواهر في رد الأدلة المتقدمة: (بأن التسبب الذي ذكر إنما يقتضى الضمان إذا تعلق بتلف الأموال، ومنفعه الحر معدومه فلا يتصور التسبب لتلفها، كما أن قاعده نفي الضرر والضرار وغيرها مما ذكره من الآيات لو اقتضت الضمان على وجه تشمل الفرض لأثبت فقهاً جديداً، ضروره اقتضائها الضمان بالمنع عن العمل أو الانتفاع بماله وغير ذلك، مما عرفت عدم القول به من العامه الذين مبني فقههم على القياس والاستحسان، فضلاً عن الإماميه الذين مبني فقههم على القواعد المقرره الثابته عن أهل بيت العصمه عليهم السلام)^(٢) انتهى.

ففيه نظر واضح، إذ لم يكن مبني ذلك الاستحسان والقياس، وإنما عموم الأدله كما عرفت، وقوله: (أثبت فقهاً جديداً) غير ظاهر الوجه، إذ المنع عن العمل والانتفاع نقول بالضمان فيهما أيضاً بعد شمول الأدله لهما، وهل الحبس إلا مصداق من مصاديق منع العمل، وهل المنع عن الانتفاع إلا مصداق من

ص: ٧٢

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤

٢- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤١

مصاديق تفويت الانتفاع، اللهم إلا في مقام لا تصدق تلك الآيات والروايات مثل: «لا يتوى»^(١)، و«لا ضرر»^(٢)، وما أشبه.

وقد روى الوسائل في باب ثبوت الولاية للأب والجد روايه عن أبي جعفر (عليه الصلاة والسلام)، وفيها هذه القاعده الكليه: «ولا تبطل حقوق المسلمين فيما بينهم»^(٣)، ومعلوم أن العرف يقولون إنه أبطل حقه، نعم لو كان عاطلاً أو كان صانعاً لكنه لا يريد العمل، فإن ذلك لا يوجب الضمان، إذ لم يبطل حقه ولم يضره ولم يكن سبباً لتفويت المنفعه، إلى غير ذلك.

كما ألمعنا إلى ذلك في بعض المسائل السابقه.

ومنه يعلم أن الضمان إنما هو بقدر عمله إذا كان يعمل، فلو كان له عمالان خياطه وحماله، والخياطه أجرتها دينار، والحماله نصف دينار، فأراد الأولى ضمن الدينار، وإن أراد الثاني ضمن نصف دينار، ولو لم يعلم أنه لو كان يطلق سراحه يعمل أيهما فمن المحتمل أنه يضمن ثلاثة أرباع الدينار لقاعده العدل، كما أن من المحتمل ضمان الأقل للأصل، والقرعه لقاعده أنها لكل أمر مشكل^(٤).

لكننا قد ذكرنا أن في الماليات لا تجرى القرعه، وأن الأصل أيضاً محكوم بقاعده العدل، لأنه أصيل حيث لا دليل، فمقتضى القاعده أنه يضمن في مثل المثال ثلاثة أرباع الدينار وهكذا.

أما إذا كان الحبس مشروعاً، فعمله هدر

ص: ٧٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب الشهادات ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ و ٣٤٢ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٣ و ٥

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٠٩ الباب ٦ من أولياء العقد ح ٩

٤- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ٣ ح ١١

لوضوح أن لازم الحبس ذلك، وقد شرعه الشارع فرضاً، نعم إذا لم يناف الحبس عمله، ومنع من ذلك كان المانع ضامناً، كما إذا حبسه العادل ولما أراد في الحبس الصنعه منعه أحد المحبوسين أو الشرطه مثلاً بدون أمر الحاكم فإنه يكون ضامناً.

ومما تقدم ظهر وجه النظر في تعليل الشرائع حكمه المتقدم بعدم الضمان بقوله: (لأن منافعها في قبضته)، ومراده أن المنافع كالثياب باقيه على أصله عدم الضمان، إذ كون منافعها في قبضته لا يوجب عدم صدق (الضرر) و(بطلان الحق) و(التسبب) و(لا يتوى) و(فوتها) (1) وما أشبهه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر أيضاً في قول الشرائع حيث قال: (ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله فيه تردد، والأقرب أن الأجره لا تستقر بمثل ما قلناه).

وعلى تردد الشرائع ثم استقرابه عدم استقرار الأجره المسالك بقوله: (ومنشؤه من أن منافع الحر لا يضمن إلا بالتفويت، لعدم دخول الحر تحت اليد، إذ ليس مالاً ولم يحصل التفويت، ولأصله بقاء العمل في ذمته، ومن وجود الأجره بنفس العقد على المنفعة التي كان مالها سبباً في ضياعها واعتقاله فيستقر في ذمته، كما لو قدرها بزمان وحبسه حتى انقضى ذلك الزمان، فإنه لا إشكال في استقرار الأجره فليكن هنا كذلك، والمصنف قرب عدم الاستقرار لما تقدم، والفرق بين العمل المطلق وبين المقدر بالزمان، أن المطلق لا يختص بهذه المده التي حبسه فيها وإن أمكن استيفاؤه فيها، وإنما هو ثابت في الذمه، وزمانه أمر كلي غير مشخص بوقت، والأصل بقاؤه في الذمه إلا أن يستوفى،

ص: ٧٤

ومنافع تلك المده غير داخله تحت يد الغاصب ولا- مملوكه له حتى يقال إنه تسلمها، لعدم دخول منفعه الحر تحت اليد، بخلاف الزمان المعين، فإن منفعته تفوت بفواته متسلماً له، وهذا أقوى) انتهى.

وفيه ما تقدم، ولذا كان المحكى عن إجاره التذكرة والمسالك الضمان، وهو الذى قواه الأردبلى (قدس سره)، والفرق الذى ذكره المسالك هنا غير فارق بعد أن قد بذل هذا عوضه فيلزم الآخر العوض الآخر، كما فى نفقه الزوجه والمهر، فإنها تجب لها النفقه إذ أمكنت من نفسها وإن لم يستنفع الرجل بها، كما يجب عليها تسليم نفسها إذا تسلمت المهر.

وقد ذكرنا فى كتاب الإجاره من شرح العروه، أنه يضمن الأجره لو استأجره لقلع ضرسه فبرئ بعد أن مضت مده يمكنه القلع فيها باذلاً- الأجير نفسه، وإنما التأخير كان من جانب المستأجر، وبمثل ذلك قال فى مفتاح الكرامه وغيره، كما لا يخفى لمن راجع الشراح.

وفى القواعد تردد فى المسأله قائلاً: (لو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله فى استقرار الأجره نظر).

وعدم الترجيح محكى أيضاً عن التذكرة والإرشاد وغايه المراد وغيرهم.

بل قال فى مفتاح الكرامه: إن المنفعه إما موجوده أو فى حكم الموجوده، وكلاهما يسبب تفويتها الضمان، والقول بأن المنافع معدومه إنما هو للعامه، كما حكاه عنهم فى التذكرة وأطال فى الرد عليهم.

وقال فى جامع المقاصد: (ووجه شيخنا الشهيد الاستقرار فى بعض حواشيه بأن المنافع ملكها المستأجر وتلفها مستند إلى فعله) انتهى.

والحكم أوضح فيما لو استأجر دابه فحبسها بقدر الانتفاع، فإنه يضمن الأجره كما قررا، وكذلك إذا بذلت له الدابه فتسلمها ولم يستوف، أو بذلت له الدابه فلم يتسلمها، لوضوح أن منفعتها حينئذ مضمونه عليه بمثل ماقررا، لا أجره المثل التي هي بدل ما يفوت من المنفعه، كما ذكره الجواهر وغيره.

بل فيه الإجماع بقسميه على قيام تسليم العين المملوكه مقام تسلّم المنفعه المستحقه بعقد الإجاره.

ومنه يعلم أنه لو استأجر الدابه فأمرضها المستأجر فإن مالکها يستحق الأجره، ولو لم تتمكن الدايه من العمل بما استأجرها له، لأن المستأجر بنفسه فوت المنفعه على نفسه.

وكذا الحال لو استأجر الدابه وكان اللازم أن صاحب الدابه يأتي بها إليه، فأخذ المستأجر صاحبها وحسبه أو قتله أو ما أشبه بما لم يتمكن من تسليم الدابه، حيث إنه ضامن للأجره، لأنه هو الذى فوته على نفسه، كما ذكر فى مثله.

وكذلك ما ذكره فى مفتاح الكرامه قائلاً: (قضيه كلامهم ما صرح التحرير أنه لو حبسها من دون إجاره ضمن، كما أنهم قالوا فى باب الإجاره: إنه لو بذل له العين الموجه فلم يأخذها حتى انقضت المده، استقر الأجر عليه إن كانت الإجاره صحيحه) انتهى.

ولا فرق فى ما ذكر بين الإجاره والهبه المعوضه والصلح والشرط فى ضمن عقد لازم وما أشبه، لأن الملاك فى الكل واحد، كما أن الملاك فى الدابه والسياره والدار والدكان والحمام والبستان والقطار والباخره وغيرها أيضاً واحد، فالحكم سار فى الجميع.

ولو لم يعلم هل أن الدابه كانت مؤجره فحبسها أو لم تكن، وكان هناك فرق بين أجره المثل، وأجره المسمى المحتمل، كان

الأصل أجره المثل لأصالة عدم الإجاره، فاحتمال أجره المسمى التابع لاحتمال الإجاره منفي بالأصل.

ومنه يعلم أنه لو ادعى أحدهما الأجره للإجاره، وادعى الآخر عدمها، فلا يكون ما يدعى ذلك من المسمى، قدم قول من يدعى عدم الإجاره، لأن الأصل معه.

ص: ٧٧

(مسأله ٧): قال فى الشرائع: (ولا يضمن الخمر إذا غضبت من مسلم).

وقال فى مفتاح الكرامه: (إذا كانا مسلمين (١)) لا ضمان عليه إجماعاً، كما فى التذكرة، وبلا خلاف أى بين المسلمين كما فى الخلاف. وما فى المختلف من أنه الأشهر، وفى المسالك من أنه المشهور، إنما هو لمكان خلاف أبى على، قال: إنه يضمن الخمر المغصوبه بمثلها خلاً- وأطلق، وقد فهم منه أنه أمسكها للتخليل، ولا بد أن يكون أراد ذلك، وقد انعقدت إجماعاتهم وشهراتهم على ذلك، وهى بإطلاقاتها تشمل ما إذا كان قد اتخذها للتخليل أو لغيره، بل صرح الشهيدان والمحقق الثانى بأنه لا يضمن إذا كان قد اتخذها للتخليل وإنما يأتى. وفى المسالك إنه المشهور، وقال أيضاً: إنه يعزر (٢) انتهى.

ومقتضى الصنائه أن الخمر المحترمه لا- تخرج بالخمرية عن الملك، ويكون غضبها حراماً، وعلى متلفها الضمان، ولذا كان المحكى عن المقدس الأردبيلى التأمل فى أصل الخروج عن الملكيه بذلك، وفى عدم ضمانها بالمثل أو بالخل. وعن ظاهر المفاتيح أو صريحها ضمان المتلف لها.

وقال فى مفتاح الكرامه: (إنه يجب عليه ردها مع بقاء عينها، ولو تخلت ردها خلاً، لأن الملك وإن زال إلا أن توابعه باقيه وهى الأولويه، ولهذا لا يجوز غضبه كما تقدم ذلك فى باب الرهن).

أقول: ومنه يعلم أن ذهاب المشهور إلى خروجها عن الملك وحليه غضبها وعدم ضمان إراققتها غير ظاهر الوجه، فقول الجواهر: (كظهور النصوص والفتاوى

ص: ٧٨

١- فى مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٨٦ ط الحديثه: فالأقسام أربعه، الأول: أن يكونا مسلمين إلخ

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٨٧

فى عدم ملكيه المسلم للخمر مطلقاً، وإن كان المتخذ للتخليل منها محترماً بمعنى الإثم فى غضبه ووجوب رد عينها إن انقلبت خلاً عند الغاصب) (١) انتهى.

غير ظاهر، حيث قد عرفت اختلاف الفتاوى، وإن ذهب المشهور إلى ما ذكره.

والروايات أيضاً دليل على ما ذكرناه، فعن عبيد بن زرار، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: فى الرجل إذا باع عصيراً فحبسه السلطان حتى صار خمراً فجعله صاحبه خلاً، فقال: «إذا تحول عن اسم الخمر فلا بأس به» (٢).

وعن جميل، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): يكون على الرجل الدراهم فيعطيني بها خمراً، فقال: «خذها ثم أفسدها»، قال على: واجعلها خلاً (٣).

وعن جامع البزنطى، عن أبى بصير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن الخمر تعالج بالملح وغيره لتحول خلاً، قال: «لا بأس بمعالجتها»، قلت: فإنى عالجتها وطينت رأسها، ثم كشفت عنها فنظرت إليها قبل الوقت فوجدتها خمراً، أيحل لى إمساكها، قال: «لا بأس بذلك، إنما إرادتك أن يتحول الخمر خلاً، وليس إرادتك الفساد» (٤).

فإن ظاهر هذه الروايات خصوصاً الأخيره، الفرق بين الخمر المعده للفساد، والخمر التى ليست كذلك.

ومنه يظهر وجه النظر فى قول المحقق الرشتى من (أن أثر الضمان يظهر مع بقاء العين خاصه، وهو وجوب ردها إلى المأخوذ منه، وأما مع التلف فلا شىء على الغاصب، لاستحاله دفع العين وهو واضح، ودفع بدلها القائم مقام

ص: ٧٩

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٤

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٢٩٧ الباب ٣١ من أبواب الأشربه المحرمه ح ٥

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٢٩٧ الباب ٣١ من أبواب الأشربه المحرمه ح ٦

٤- الوسائل: ج ١٧ ص ٢٩٨ الباب ٣١ من أبواب الأشربه المحرمه ح ١١

دفعها لعدم بدل لغير الأموال، حتى أنه لو كان المغضوب من الأملاك المثلية فضلاً عن غير الأملاك أمكن منع الضمان بعد التلف. فمن غضب حبه من الحنطه وجب عليه رد عينها، فإذا تلف لم يجب عليه شيء، أما قيمه فلأنها لا قيمه لها، وأما المثل فلأن دفع المثل باعتبار كونه بدلاً، والبديله لم تثبت شرعاً ولا عرفاً في المثلى غير المتمول. ولذا لا يجوز أن يكون عوضاً في العقود العوضيه، سواء كان في مقابل مال أو ملك آخر، إلى آخر كلامه.

فإن عدم الضمان ينافي الاحترام، وإطلاق أدله عدم ماليه الخمر لا يشمل الخمر المحترمه كما عرفت، أما قوله في حبه الحنطه، فهو أيضاً غير ظاهر الوجه، فكيف يمكن القول بأنه لو غضب إنسان حبه وغضب آخر حبه وهكذا حتى غضب عشره آلاف شيئاً كبيراً من حنطه إنسان، إنهم لا يكونون ضامين له بعد تلفهم لها.

وكيف كان، فإذا غضب المسلم من المسلم الخمر غير المحترمه، أو غضب الكافر من المسلم كذلك لم يكن ضمان، ولم يكن غضب بالمعنى الشرعى، وإن كان ربما يطلق عليه الغضب بالاعتبار العرفى أو اللغوى، بل الظاهر الإجماع فى المسأله السابقه وهذه المسأله بالنسبه إلى الخمر غير المحترمه، وعن الخلاف فى المسأله الثانيه نفى الخلاف.

أما المسألتان الأخريان فى غضب الخمر، فقد قال الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (وتضمن إذا غضبت من الذمى متسترأ، ولو كان الذى غضبها منه المسلم، بإجماع الفرقه وأخبارها فى محكى الخلاف، بل قيل إن الإجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكره) انتهى.

ثم إن تقييد الشرائع وغيره بالتستر يعطى أن المتظاهر إذا غضبت منه

لا ضمان على الغاصب، وإن كان الغاصب كافراً.

وفى الجواهر: أما المتظاهر فلا ضمان وإن كان الغاصب كافراً قولاً واحداً.

أقول: السبب أن من شرائط الذمه التستر، فإذا لم يتستر فقد خرق شرط الذمه، وبذلك يذهب احترام ماله، والظاهر أنه أخذه من مفتاح الكرامة، حيث قال: (فإن كان متظاهراً بشربها والمعاملة عليها فلا ضمان، وكأنه لم يختلف فيه اثنان، لأن الشرع إنما ألزمتنا إقرارهم عليه في الدار مع الإخفاء، وأما إن كان متسترًا فعليه ضمانه بإجماع الفرقه وأخبارهم كما في الخلاف، والإجماع أيضاً ظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة والعبارات في ذلك بين نصه وظاهره) انتهى.

لكن لا يخفى عدم التلازم بين لزوم التستر وبين عدم الضمان لو كان متظاهراً، فلو أن ذمياً كان متظاهراً بشرب الخمر أو بالتعامل عليها، فغصبها ذمى آخر منه، كيف يقال بأن الغصب للغاصب يستفيد به، مع ورود أن الغصب مردود كما تقدم.

نعم إذا أراق الخمر لا إشكال في عدم الضمان، لأن هذه الخمره ليست محترمه شرعاً، اللهم إلا أن يكون إجماع في المسألة.

وأبعد من ذلك إجازة الغصب لو كان يتعامل بها علناً، مثلاً كانت له خمر في الدار متسترًا بها فباعها في السوق علناً، فهل يذهب احترام خمره بسبب هذا التعامل، والأدلة لا تشمل مثل ذلك، وأولى منه بالإشكال ما إذا باع خمرًا كلياً ولم يكن عنده خمر، أو كان عنده خمر ولم يتعامل عليها بشخصها، وإنما تعامل كلياً، فهل يذهب احترام

خمره فى الدار، أو هل أنه بعد المعامله على الكليه فحصل على خمر فى داره ذهب احترام خمره باعتبار أنه تعامل عليها علناً، فالمسأله بشقوقها محتاج إلى التأمل.

أما إذا كان الشرب أو التعامل علناً من باب المرض الذى يجوز ذلك حتى للمسلم، فإنه لا إشكال فى احترام خمره، وأنه لا يغتصب منه، وكلام الفقهاء فى غير هذا المورد.

والتنازع حولها والرجوع إلى الحاكم الإسلامى أو حكامهم لحل نزاعهم الظاهر أنه ليس من التظاهر الموجب لسلب الاحترام أو خرق الذمه، كما أنه لا يتحقق الخرق بشىء لم ينص عليه، فلا إطلاق لذهاب احترام المال، كما أن النزاع فى الزوجه ونحوها لا يوجب ذلك.

نعم إذا كان من شرط الذمه الامتناع حتى من مثل ذلك وجب الامتناع، وإلا كان خرقاً للذمه، كما ورد مثله فى بعض الروايات:

مثل ما رواه زراره، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) قبل الجزية من أهل الذمه على أن لا يأكلوا الربا، ولا يأكلوا لحم الخنزير، ولا يئكحوا الأخوات ولا بنات الأخ ولا بنات الأخت، فمن فعل ذلك منهم برئت منهم ذمه الله وذمه رسوله، قال: وليست لهم اليوم ذمه» (١).

وعن فضل بن عثمان الأعمور، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «ما من مولود يولد إلا على الفطره، فأبواه اللذان يهودانه وينصرانه ويمجسانه، وإنما أعطى رسول الله (صلى الله عليه وآله) الذمه وقبل الجزية عن رؤوس أولئك بأعيانهم على أن لا يهودوا أولادهم

ص: ٨٢

ولا ينصروا، وأما أولاد أهل الذمه اليوم فلا ذمه لهم»(١١).

إلى غيرهما من الروايات الدالة على أن اشتراط شرط خاص في الذمه نافذ، وإلا فليس الشرطان المذكوران في هاتين الروايتين شرط بقول مطلق، كما حقق ذلك في كتاب الجهاد.

ومما تقدم يظهر حال المخالف بالنسبة إلى الخمر المحترمه عنده، حيث إن غصبه منه سواء صدر من مسلم موافق أو من مخالف مثله أو من كافر، يوجب الرد والضمان، لقاعده الإلزام(١٢)، فإن إقرارهم على مذهبه معناه إقرارهم بجميع شؤونهم إلا ما خرج بالدليل، وليس ذلك مما خرج بالدليل.

ومن ذلك يعلم مجيء الأمور الأربعة هنا أيضاً.

من أن الغاصب والمغصوب منه إما مخالفان، أو أحدهما مخالف، أو كلاهما غير مخالف.

ثم إنه إن اختلف الغاصب والمغصوب منه في الموضوع، بأن قال أحدهما: خمر، وقال الآخر: إنها ليست بخمر، أو في الحكم بأن رأى أحدهم الحليه، ورأى الآخر الحرمة، اجتهاداً أو تقليداً، فالمرجع في اختلاف الموضوع العرف، فإن عينه العرف خمرًا ترتب عليها أحكامها، وإن عينه العرف غير خمر لم يكن له حكم الخمر وإنما كان له حكم سائر المغصوبات، لأن الموضوع يؤخذ من العرف، ولا دليل على حجيه قول الآخذ أو المأخوذ منه في ذلك.

وأما إذا كان الاختلاف في الحكم، فالمرجع الحاكم الذي يرجعان إليه،

ص: ٨٣

١- الوسائل: ج ١١ ص ٩٦ الباب ٤٨ من جهاد العدو ح ١

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٢١ ح ٦

وإن كان كلاهما فقيهاً جامعاً للشرائط، لما ذكروه في كتاب القضاء من أن الفقيهين أيضاً يجب أن يرجعا إلى فقيه ثالث في فصل النزاع.

ومما تقدم يظهر مواقع النظر في كلام المحقق الرشتي حيث قال: (إن المالىه من الأمور الإضافيه، فقد يكون المغصوب مالاً عند الغاصب والمغصوب منه معاً، وقد يختلف الحال، فإن كان الأول فلا كلام فيه، وإن كان الثاني فإن كان مالاً عند الغاصب دون المغصوب منه، كما قد يختلف ذلك بسبب اختلاف الاجتهاد والتقليد في أسباب التملك، فالضمان الواقعي منوط بماليتته في نظر الشارع كما لا يخفى، والضمان الظاهري منوط بنظر الحاكم لو تنازعا وترافعا إليه، إلا أنه يلزم المغصوب منه بإقراره واعترافه لو قيل بنفوذ الإقرار الناشئ عن الاشتباه في الموضوع والحكم. وإن انعكس بأن كان مالاً عند المغصوب منه دون الغاصب، فإن لم يكن محترماً عند الغاصب كالخنزير المأخوذ من يد الحربى، فلا إشكال أيضاً في عدم الضمان لو كان الحق مع نظر الغاصب، وإن كان مع نظر المغصوب منه لم يضمن أيضاً، لأنه غير محترم وإن كان مالاً) انتهى.

ثم إن ما تقدم إنما هو حكم الذمى، أما إذا كان الكافر معاهداً أو محايداً فالظاهر أن التظاهر بها أيضاً لا يوجب عدم احترامها، لا في المقام ولا في سائر المقامات، مثلاً قبيله كافره أو مدينه كافره تعاهدت مع المسلمين، ولم يكن من شرط التعاهد التستر، فإن لهم في بلادهم ومحلاتهم التظاهر بالخمير

وغيره، فإذا غضبها منهم مسلم لم يحق له ذلك، وأمر بالمثل أو القيمه كما سيأتي.

وكذلك في المحاييد ممن لا ذمه ولا عهد، وإنما حياد فقط، والمسلمون لا يتعدون عليهم وهم لا يتعدون على المسلمين، وقد ذكرنا بعض تفاصيل أحكام الأقسام الأربعة من الكفار في كتاب الجهاد وغيره، والله سبحانه العالم.

ص: ٨٥

(مسأله ٨): قال فى الشرائع: (يضمن الخمر بالقيمه عند المستحل لا بالمثل، ولو كان المتلف ذمياً على ذمى، وفى هذا تردد).

وقال فى القواعد: (بالقيمه عند مستحليه لا بالمثل، وإن أتلف الكافر على إشكال).

وفى مفتاح الكرامه: (إن كان متلف خمر الكافر المتستر مسلماً لزمته القيمه، بإجماع الفرقه وأخبارهم كما فى الخلاف، وإجماعهم كما فى المسالك، وعندنا كما فى التذكره، ولا بحث فيه كما فى جامع المقاصد) انتهى.

واستدلوا لذلك باستحاله ثبوت الخمر فى ذمه المسلم وإن كانت مثليه، إذ أن الخمر لا يملكها المسلم فكيف تثبت فى ذمته.

لكن ربما يقال: إن هذا الدليل أيضاً وارد بالنسبه إلى القيمه، فيقال: إن الخمر إذا لم تثبت فى ذمه المسلم فلماذا تثبت قيمتها، اللهم إلا- أن يقال: إن ثبوت المثل تعاط للخمر، بخلاف ثبوت القيمه، والتعاطى يستفاد من الأدله حرمة بأيه صوره كان إلا صوره الاضطرار، ولا اضطرار فى المقام لإمكان القيمه.

وعليه ففتواهم مقتضى الصناعه.

ولو اختلفا فى القيمه، فالمرجع أصاله عدم الزيادة.

ومنه يعلم الحال فيما إذا غصبها الكافر، حيث يجب عليه المثل، ثم أسلم، فإنه يتحول إلى القيمه.

وكذا حال العكس، بأن أسلم المغصوب منه، فإنه يجب على الغاصب الباقي كافراً إعطاء القيمه له، لأنه إنما صح إعطاء مثله له فيما إذا كانا كافرين، أما إذا أسلم المغصوب منه ولا يمكن إعطاء المثل له تحول إلى القيمه.

ثم إنه إذا كان المتلف كافراً، فعن الخلاف إنه يضمن بالقيمة عند مستحليها، بدليل أخبارنا وإجماع الفرقه، وعن التذكرة عندنا، وفي مفتاح الكرامه أنه خيره المبسوط والسرائر والتحرير والمختلف والتبصره والإيضاح واللمعه والروضه والقاضى، ومال هو إلى المثل، لأنه قال: لا يلزم من الحكم باستحقاقها التظاهر بشربها والمعامله عليها، لأن الذى عدّوه من نواقض العهد وتركه من شرط الذمه إظهار شرب الخمر فى دار الإسلام، لا مطلق البحث عنها، فالمدار فى عدم الحكم عليهم بالمثل على الإجماعات والأخبار المرسله فى الخلاف المعتضده بالشهره، وإلا فالمنافاه لشرع الإسلام لا يخلو من نظر.

أقول: ولعله لذلك تردد فى الشرائع والقواعد، ولم يرجح فى الدروس ومجمع البرهان، على ما حكى عن بعضهم، وقد ذكر وجه التردد أنها مال مملوك لهم وهو مثلى فيضمن بمثله، وأنه يمتنع فى شرع الإسلام الحكم باستحقاق الخمر، وإن كنا لا نعترضهم إذا لم يتظاهروا بها، فامتنع الحكم بالمثل للعارض فيجب الانتقال إلى القيمة، فهو مثل ما إذا تعذر المثل فى المثلى.

وفصل فى المسالك ومحكى جامع المقاصد لضمانه بالقيمه إذا ترافعوا إلينا، وإلا فالمثل، ومقتضى القاعده أنهم إذا لم يراجعوا إلينا تركناهم وشأنهم من أخذ المثل أو القيمة، لأننا لا شأن لنا بذلك.

أما إذا ترافعوا إلينا، فهو محل الكلام، وهل أنا نحكم بالمثل أو بالقيمة، احتمالان، وحيث إن الحكم بالقيمة لا وجه له معتداً به إلا الشهره المحققه والإجماع المحكى، فالقول بالمثل لا يخلو من وجه، وإن كان الاحتياط يقتضى موافقه المشهور.

وقد قوى الجواهر قول المشهور بقوله: (ولعل هذا أقوى، خصوصاً مع ملاحظه اشتراط التستر في احترامها، فمتى حكم لهم بها ظاهراً زال احترامها... والحكم باستحقاقها ظاهر في الإظهار، خصوصاً إذا انجر إلى الإظهار عند الامتناع من الأداء فحبس حتى يؤدى) (١١).

أقول: ومن ذلك يعرف حال ما إذا غصب الخمر وهى باقيه بعد، فهل يجب رد العين أو رد القيمة، لأن حاله حال رد الجمد الذى غصبه فى الصيف رداً فى الشتاء، لأن ملاك المسألتين واحد.

وبذلك ظهر أنه لا يمكن الاستدلال لوجوب رد المثل بالنسبه إلى المسلم الغاصب، أو الذمى الغاصب بأن الشارع قررهم على ما التزموا به بمفهوم الآيه المباركه، حيث قال سبحانه: (قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون) (٢٢). وروايات الإلزام بما التزموا به (٢٣)، بأنهم حيث يلتزمون بأنه مثلى فاللزام إعطاؤهم المثل، إذ قد عرفت أن الشارع لما حرم التظاهر، وذكر أن المسلم لا يتعلق بدمته خمر، فهم من ذلك الرجوع إلى القيمة.

ومما تقدم يعلم الكلام فى غصب الخمر بالنسبه إلى ضمانه ورده عيناً أو قيمه فى المسلم والكافر، المتستر والمتظاهر، وغير ذلك مما تقدم.

والقيمة تعرف عند المستحل.

ص: ٨٨

١- انظر جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٤٥

٢- سورة التوبه: الآيه ٢٩

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من ميراث الأخوه والأخوات ح ٢

ثم لعل الأمر في الخنزير أهون من حيث جواز جعل شعره حبلاً، وجلده للاستقاء، وشحمه للطلبي وما أشبه ذلك، كما أشرنا إليه فيكتاب الرهن وغيره.

وفي روايه غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام) في حديث: «إن علياً (عليه السلام) ضمّن رجلاً أصاب خنزيراً لنصراني»^(١).

ورواه الصدوق مرسلًا وزاد: (قيّمته)^(٢).

ص: ٨٩

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢٧١ الباب ٢١ من موجبات الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٦ ص ١٩٦ الباب ٢٦ من موجبات الضمان ح ٢

مسألة ٩ في الأسباب الموجبة للضمان

(مسألة ٩): قال في الشرائع: (وهنا أسباب آخر يجب معها الضمان:

الأول: مباشرة الإتلاف، سواء كان المتلف عيناً كقتل الحيوان المملوك وتخريق الثوب، أو منفعه كسكنى الدار وركوب الدابة، وإن لم يكن هناك غضب).

أقول: لا إشكال ولا خلاف على أن المباشرة تسبب الضمان وإن لم يسم بالغضب، كما إذا كسر آنية الناس أو قتل أو خرق أو ما أشبه.

وفي الجواهر الإجماع بقسميه عليه، إن لم يكن ضرورياً، والسبب صدق الآيات والرويات.

مثل: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه) (١)، (وجزاء سيئه سيئه) (٢)، (ومن عاقب بمثل ما عوقب) (٣).

والروايات: مثل روايات القصاص، والديات، وروايات الضمانات، و(من أتلف مال الغير)، و(على اليد)، و(فوتها) (٤) وما أشبه، فإنه لا يستبعد شمول اليد بالمناط وإن لم يكن غضب، كما إذا أراق ماء غيره بدون أن يستولى عليه، وإنما كان في إناء في يد مالكة مثلاً، فإنه لا يسمى غضباً، لكنه إتلاف بالمباشرة باليد ونحو ذلك.

قال في الشرائع: (الثاني: التسبيب، وهو كل فعل يحصل التلف بسببه، كحفر البئر في غير الملك، وكطرح المعائر في المسالك).

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده في أصل الضمان به، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه.

أقول: هنا أمران:

الأول: ما هو التسبيب.

ص: ٩٠

١- سورة البقرة: الآية ١٩٦

٢- سورة الشورى: الآية ٤٠

٣- سورة الحج: الآية ٦٠

٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغضب ح ١

والثانى: ما هو الدليل على كون التسبب سبباً للضمان فى قبال الغصب، وفى قبال مباشره الإتلاف.

أما الدليل على أن التسبب يوجب الضمان، فهو روايات متواتره وارده فى أبواب مختلفه، يستفاد منها هذا الكلى، بالإضافة إلى الإجماع المتقدم.

أما الروايات فهى:

خبر السكونى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو أوتد وتداً أو أوثق دابه أو حفر شيئاً فى طريق المسلمين فأصاب فعطب فهو له ضامن» (١).

وصحيح الحلبي، عنه (عليه السلام)، سألته عن الشىء يوضع على الطريق فتمر به الدابه بصاحبها فتعقره، فقال: «كل شىء يضر بطريق المسلمين فصاحبه ضامن لما يصيبه» (٢).

وخبر أبى الصباح الكنانى، عنه (عليه السلام) أيضاً: «من أضر بشىء من طريق المسلمين فهو له ضامن» (٣).

وصحيح زراره، عنه (عليه السلام)، قلت له: رجل حفر بئراً فى غير ملكه، فمر عليها رجل فوقع فيها، فقال (عليه السلام): «عليه الضمان، لأن من حفر بئراً فى غير ملكه كان عليه الضمان» (٤).

وموثق سماعه، قال: سألت أباً عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يحفر البئر فى داره،

ص: ٩١

-
- ١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨٢ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ١
 - ٢- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨١ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح ١
 - ٣- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨١ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح ٢
 - ٤- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٩ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١

أو في ملكه، فقال: «ما كان حفر في داره أو ملكه فليس عليه الضمان، وما حفر في الطريق أو غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها» (١).

ورواه الدعائم، عن أبي جعفر وأبي عبد الله (عليهما السلام)، أنهما قالوا: «من احتفر بئراً أو وضع شيئاً في طريق من طرق المسلمين في غير حقه فهو ضامن لما عطب فيه» (٢).

وعن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال: «من أوتف دابه في طريق أو سوق في غير حقه فهو ضامن لما أصابت بأي شيء أصابت» (٣).

ورواه المقنع، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً أو وتداً أو وثق دابه أو حفر بئراً في طريق المسلمين، فإن أصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن» (٤).

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سئل عن بختي اغتلم فخرج من الدار فقتل رجلاً، فجاء أخو الرجل فضرب الفحل بالسيف، فقال (عليه السلام): «صاحب البختي ضامن للديه، ويقتص ثمن بختيه» (٥).

وفي روايه عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام): إن أمير المؤمنين (عليه السلام) قال: «إذا صال الفحل أول مره لم يضمن صاحبه، فإذا ثنى ضمن صاحبه» (٦).

ص: ٩٢

١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨٠ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ٣

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢٦٩ الباب ٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٣- المستدرک: ج ٣ ص ٢٦٩ الباب ٩ من أبواب موجبات الضمان ح ٢

٤- المستدرک: ج ٣ ص ٢٦٩ الباب ١٠ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٥- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨٧ الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٦- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨٧ الباب ١٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٢

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في حديث، إنه سئل عن الرجل ينفر بالرجل فيعقره ويعقر دابته رجل آخر، فقال: «هو ضامن لما كان من شيء»^(١).

وفي حديث، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل دخل دار رجل فوثب عليه كلب في الدار فعقره، فقال: «إن كان دعى فعلى أهل الدار أرش الخدش، وإن كان لم يدع فدخل فلا شيء عليهم»^(٢).

وعن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل دخل دار قوم بغير إذن فعقره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم، وإن دخل بإذنهم ضمنوا»^(٣).

وعن عبيد الله الحلبي، عن رجل، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «بعث رسول الله (صلى الله عليه وآله) علياً (عليه السلام) إلى اليمن، فأقلت فرس لرجل من أهل اليمن ومر يعدو، فمر برجل فنفحه برجله فقتله، فجاء أولياء المقتول إلى الرجل فأخذوه فرفعوه إلى علي (عليه السلام)، فأقام صاحب الفرس البيه عند علي (عليه السلام) أن فرسه أقلت من داره فنفح الرجل، فأبطل علي (عليه السلام) دم صاحبهم، فجاء أولياء المقتول من اليمن إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله)، فقالوا: يا رسول الله إن علياً (عليه السلام) ظلمنا، وأبطل دم صاحبنا، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله): إن علياً (عليه السلام) ليس بظلام، ولم يخلق للظلم، إن الولايه لعلي من بعدى، والحكم حكمه، والقول قوله، لا يرد حكمه وقوله وولايته إلا كافر»^(٤).

وعن أبي عبيده، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال في رجل تزوج امرأه من

ص: ٩٣

- ١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨٨ الباب ١٥ من أبواب موجبات الضمان ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨٩ الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٩ ص ١٩٠ الباب ١٧ من أبواب موجبات الضمان ح ٢
- ٤- الوسائل: ج ١٩ ص ١٩٢ الباب ٢٠ من أبواب موجبات الضمان ح ١

وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: «إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنونه والمفضاه ومن كان لها زمانه ظاهره، فإنها ترد على أهلها من غير طلاق وليأخذ الزوج المهر من وليها الذي كان دلستها»^(١).

وعن رفاعه بن موسى، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن البرصاء، قال: فقال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في امرأه زوجها وليها وهي برصاء، أن لها المهر بما استحل من فرجها، وأن المهر على الذي زوجها، وإنما صار عليه المهر لأنه دلستها»^(٢).

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في حديث قال: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»، قلت: رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها، قال: «المهر لها بما استحل من فرجها وليغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها»^(٣).

إلى غيرها من الروايات المشابهة للروايات المتقدمة الموجهة لأن يكون الولي ضامناً للمهر، لأنه سبب.

وعن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في شاهد الزور ما توبته، قال: «يؤدى من المال الذي شهد عليه بقدر ما ذهب من ماله إن كان النصف أو الثلث، إن كان شهد هذا وآخر معه»^(٤).

وفى روايه أخرى مثله، إلا أنه قال: «إن كان شهد هو وآخر معه أدى النصف»^(٥).

ص: ٩٤

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ٢ من أبواب العيوب ح ٢
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب ح ٥
- ٣- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١١ من أبواب العيوب ح ١
- ٤- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح ١
- ٥- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١١ من أبواب العيوب ذيل ح ١

وعن جميل، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في شاهد الزور، قال: «إن كان الشىء قائماً بعينه رد على صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلّف من مال الرجل» (١).

وعن ابن أبي محبوب، عن بعض أصحابه، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في أربعة شهدوا على رجل محصن بالزنا ثم رجع أحدهم بعد ما قتل الرجل، قال: «إن قال الرابع أوهمت ضرب الحد وأغرم الديه، وإن قال تعمّدت قتل» (٢).

وعن إبراهيم بن معين الأزدي، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن أربعة شهدوا على رجل بالزنا، فلما قتل رجع أحدهم عن شهادته، قال: فقال: «يقتل الرابع ويؤدى الثلاثة إلى أهله ثلاثة أرباع الديه» (٣).

وعن مسمع الكردين، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في أربعة شهدوا على رجل بالزنا فرجم، ثم رجع أحدهم فقال: شككت في شهادتي، قال: «عليه الديه»، قال: قلت: فإنه قال: شهدت عليه متعمداً، قال: «يقتل» (٤).

وعن أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في امرأه شهد عندها شاهدان بأن زوجها مات فتزوجت ثم جاء زوجها الأول، قال: «لها المهر بما استحل من فرجها الأخير، ويضرب الشاهدان الحد، ويضمنان المهر لها عن الرجل، ثم تعتد وترجع إلى زوجها الأول» (٥).

ص: ٩٥

- ١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢
- ٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٠ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح ٢
- ٤- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٠ الباب ١٢ من أبواب الشهادات ح ٣
- ٥- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤١ الباب ١٣ من أبواب الشهادات ح ١

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجلين شهدا على رجل غائب عن امرأته أنه طلقها فاعتدت المرأة وتزوجت، ثم إن الرجل الغائب قدم فرعم أنه لم يطلقها وأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال: «لا سبيل للأخير عليها، ويؤخذ الصداق من الذي شهد ورجع فيرد على الأخير ويفرق بينهما وتعتد من الأخير ولا يقربها الأول حتى تنقضى عدتها» (١).

وعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده، حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده إنما شبهنا ذلك بهذا، ف قضى عليهما أن غرمهما نصف الديه، ولم يجز شهادتهما على الآخر» (٢).

وعن السكوني، عن جعفر، عن أبيه، عن علي (عليهم السلام): «في رجلين شهدا على رجل أنه سرق فقطع يده ثم رجع أحدهما فقال: شبه علينا، غرم ديه اليد من أموالهما خاصة، وقال في أربعة شهدوا على رجل أنهم رأوه مع امرأة يجامعها وهم ينظرون فرجم، ثم رجع واحد منهم، قال: يغرم ربع الديه إذا قال شبه علي، وإذا رجع اثنان وقالوا شبه علينا غرما نصف الديه، وإن رجعوا كلهم وقالوا شبه علينا غرموا الديه، فإن قالوا شهدنا بالزور قتلوا جميعاً» (٣).

وفي روايه السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن رجلين شهدا على رجل عند علي (عليه السلام) أنه سرق فقطع يده، ثم جاء برجل آخر فقالا: أخطأنا

ص: ٩٤

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٢ الباب ١٨ من أبواب الشهادات ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ١

٣- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٢

هو هذا، فلم يقبل شهادتهما وغرمهما ديه الأول»(١١).

إلى غيرها من الروايات التي يجدها المتتبع في مختلف الأبواب، والتي تدل على أن السبب يقتل ويغرم.

ولا بأس في المقام بنقل كلمات جملة من الأعلام في تعريف السبب والتسبيب مما نقلها مفتاح الكرامه وتبعه صاحب الجواهر.

قال العلامة في القواعد: (الضمان وأركانه ثلاثة: الأول: الموجب وهو ثلاثة:

الأول: التفويت بالمباشرة، وهي إيجاد علة التلف كالقتل والأكل والإحراق.

الثاني: التسبيب، وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يقصد بتوقع تلك العلة كالحافر وفتح رأس الظرف والمكره على الإلتلاف.

الثالث: إثبات اليد وإذا كان بغير حق فهو غصب، وهو الاستقلال بإثبات اليد على مال الغير عدواناً(٢) انتهى.

ومثله ما في التحرير، وهو يوافق كلامه في الديات أيضاً.

وعرف في الإرشاد والدروس بأنه إيجاد ملزوم العلة.

وقال في غايه المراد: التسبيب على ما فسره الفقهاء إيجاد ملزوم العلة قاصداً بتوقع تلك العلة.

وفي الشرائع: إنه كل فعل يحصل التلف بسببه.

وفي جامع المقاصد: إن الأولى أن يقال في تفسير التسبيب إنه إيجاد ما

ص: ٩٧

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٣

٢- قواعد الأحكام: ج ٢ ص ٢٢١ - ٢٢٢.

يحصل التلف عنده، لكن بعلة أخرى إذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف بأن يكون وجودها معه كثيراً.

وفى قصاص القواعد: فسر السبب بما له أثر ما فى التوليد كما للعلّة، لكنه يشبه الشرط من وجه، وفسر الشرط بما يتوقف عليه تأثير المؤثر ولا مدخل له فى العلية، قال: كحفر البئر بالنسبة إلى الوقوع إذ الوقوع مستند إلى علته وهى التخطى، فالشرط هناك هو السبب هنا، وجعل من أقسام السبب الإكراه وشهادة الزور.

وفسر القواعد السبب فى باب الديات: بأنه كل ما يحصل التلف عنده بعلة غيره، إلا أنه لولاه لما حصل من العلة كالحفر مع التردى.

وقال فى المسالك ما حاصله: إن عرفنا السبب بأنه ما لولاه لما حصل التلف ضمن، لأنه لولا غضب الأم لما مات الولد عادة، فالسبب متحققه، وإن فسرناه بإيجاد ما يحصل التلف عنده لعله أخرى إذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة، فيتوقف ثبوت سببته على قصد الغاصب للشاه إلى إتلاف الولد، وقد اعترض جامع المقاصد على تعريف غايه المراد الذى نسبه إلى الفقهاء بأنه إنما يصدق فى الغاصب إذا قدم طعام الغير إلى آكل مبيحاً له، لأنه قاصد حينئذ بالتقديم الأكل، ولا ريب أن حفر البئر سبب وطرح المعائر سبب بلا خلاف.

ثم قال: والظاهر أن مراد الجماعه كون قصد توقع العلة باعتبار الشأن، فيكون تقديره هكذا: التسبب بإيجاد ملزوم العلة الذى شأنه أن يقصد معه توقع تلك العلة.

وفسر المقدس الأردبيلى التسبب بأنه إيجاد سبب معد للإتلاف.

وقال فى الإيضاح: فى وجه التردد فى ضمان الولد بموته جوعاً لو حبس الشاه، أو حبس المالك عن حراسه ماشيته فاتفق تلفها، أو غضب دابه

فتبعها ولدها، قال:

ينشأ فى الأول من أنه مات بسببه، لصحة إسناده إليه عرفاً، ولأن السبب هو فعل ما يحصل الهلاك عنده لعله سواه، وهذا تفسير بعض الفقهاء، وزاد آخرون: ولولاه لما أثرت العلة، وهذا التفسير أولى، فعلى هذا ليس هو السبب، ولأنه يمكن اعتياده بغيره وهو أعم فليس بسبب، ولا يد له عليه ولا مباشره ولا ضمان، وهذا منشأ النظر فى الباقين.

وأيضاً ينشأ فى الثانى من أنه تصرف فى المالك لا فى المال، ومن حيث إنه سبب عرفاً.

وأما فى الثالث: فمن حيث إنه سبب لحدوث ميل يشبه القسرى لوجود ميل الولد إلى أمه طبعاً، فهو سبب، ومن الشك فى كونه سبباً شرعياً فى الضمان، والأصل البراءة.

وقال فى الجواهر بعد نقل جملة من هذه الكلمات: ولعل المحصل منها الضمان على وجه يجعل ضابطاً هو إيجاد ما يصلح أن يقصد حصول التلف به فى بعض الأحيان ولو بواسطة غيره معه، سواء كان له مدخلية فى عليه العلة كالحفر، أو فى وجودها كالغرور والإكراه.

ثم إنه اشكل عليهم بقوله: (لم تعرف الداعى لهم إلى صدور هذه الكلمات بعد خلو نصوصهم عن اللفظ المزبور عنواناً للحكم، وإنما الموجود فى النصوص ما عرفت، أى بعض الروايات المتقدمه، ومنه يتعدى إلى أمثاله بعد العلم بعدم الخصوصيه للمذكور فيها، أو يستند إلى ما سمعته من العموم فى بعضها، والأصل البراءة فيما لا يضاف إليه الإلتلاف حقيقه، ولا يندرج فى الأمثال المزبوره، بل مع الشك فيه كذلك أيضاً).

ثم قال: (لا يبعد كون المراد لهم ضبط ما استفاد الضمان به من النصوص المزبوره، لا أن المراد كون المدار

على صدق اسم السبب، خصوصاً بعد أن لم يكن له معنى منقحاً عرفاً) انتهى.

أقول: ما ذكره أخيراً هو الوجه لذكرهم، حيث إنهم أرادوا بيان موجبات الضمان الثلاثة المذكوره: المباشرة والتسبب واليد، فلولا- أنهم يجمعون المستفاد من الروايات في جملة، ما إذا كانوا يقولون في قبالة التفويت وإثبات اليد، واللازم في الموارد الجزئية أنه يوجب الضمان إذا كان ملاك الموارد الجزئية في الروايات موجوداً في الموارد الجزئية المشابهة لها، أو كان داخلياً في كلي مثل: (وجزاء سيئه)(١)، (ومن عاقب)(٢)، (فمن اعتدى عليكم)(٣) وما أشبه، فإذا كان أحد هذين الأمرين فهو، وإلا فإن شك في المشابهة أو في الدخول في هذه الكليات كان الأصل عدم الضمان.

ثم إن المحقق الرشتي ذكر كلاماً طويلاً في هذا الباب، نقطف منه موضعين لما فيه من الفائدة، مع ذكر ما يمكن أن يرد عليه، فقال: (السبب الموجب للضمان عبارته عن فعل يتوقع ولو أحياناً معه التلف، أي لا يبعد أن يترتب عليه ذلك، ولو لم يكن سبباً شيئاً).

وتوضيح ذلك أن بعض الأفعال سبب للإتلاف بحسب نوعه وأفراده الغالبه، وهو الذي يلزم من وجوده الوجود لذاته، أو مع عدم مزاحمه المانع، أو معارضة عدم الشرط، وبعضه سبب له باعتبار خصوصية المورد، كاللطم الذي صار سبباً للقتل باعتبار ضعف الملطوم عليه، أو باعتبار خصوصية أخرى في المحل، وبعضها ما ليس كذلك أيضاً، بل قد يترتب عليه في بعض الأحيان

ص: ١٠٠

١- سورة الشورى: الآية ٤٠

٢- سورة الحج: الآية ٦٠

٣- سورة البقرة: الآية ١٩٤

التلف بواسطه سببه ومؤثره، فالترتب هنا ترتب الشيء على الشرط أو نحوه كالجزم، دون ترتب المقتضى على المقتضى.

والمراد بالسبب فى المقام ليس أحد القسمين الأولين حداً، لأن إيجادهما داخل فى مباشره الإتلاف، بل القسم الأخير، فىكون عباره عن كل فعل يقع فى الخارج شرطاً لأمر مؤثر فى الإتلاف، أو جزءاً له، سواء كان وقوعه شرطاً أغلياً أو غاليياً، أو لا، ما لم يبلغ حد الندره التى يلحق بالعدم، كما صرح به المحقق الثانى فى محكى شرح القواعد.

وأما ما يبلغ هذا الحد ففيه تفصيل بين الفعل محرماً ومحللاً، فالمراد بالترتب المأخوذ فى تعريف السبب ترتب الشيء على غير تمام السبب الذى هو المؤثر، سواء كان جزءاً له أو شرطاً، ومن هنا اعتبر أكثر الأصحاب فى تعريفه التوقع والاحتمال والحصول، فقالوا: ما هو يتوقع معه حصول التلف بسببه، أو يحصل معه التلف ونحو ذلك، ولم يقولوا ما هو ما يؤثر فى التلف.

ثم يشترط أن يكون ذلك السبب الذى أثر فى التلف مع ذلك الفعل من غير الأفعال الاختياريه، كإحراق النار وشعاع الشمس ونحوهما، فلو كان اختيارياً كان استناد التلف إليه أولى، لقوه المباشره على التسبب).

إلى أن قال: (ثم إن لتأثير هذا التسبب فى الضمان شروطاً شرعيه راجعه إلى الحكم، كما أن الشرط السابق راجع إلى شرط الموضوع:

الأول: أن يكون فى غير الملك، فلو كان فى الملك لم يضمن مطلقاً، لأن تصرفات الملاك فى أملاكهم مما رخص فيها الشارع، ولو كانت باعتبار الدواعى النفسانيه التى يقترحها المتصرف على وجه زياده التأثير بالنسبه إلى

الإباحه الشرعيه فى الأحكام الوضعيه من الضمان وغيره، فلا يترتب عليها الضمان بعد ثبوت الرخصه الشرعيه، لكن هذا إذا لم يكن الفعل مما يستلزم ضرراً على الغير، بأن يكون سبباً أو علّة تامّة لحصول الضرر، وإلاّ- فهو من موارد تعارض قاعدتى السلطنه (١) ونفى الضرر (٢)، وهو خارج عن محل الكلام.

الثانى: أن لا يكون مباحاً شرعياً، فلو كان كذلك لم يضمن إلاّ على بعض الوجوه الآتيه.

الثالث: أن لا يكون مقروناً بالعرض الصحيح العقلانى ولو كان نفسانياً، بأن يندرج تحت اللغو والعبث، فلو كان معرضاً لعرض صحيح مخرج عن اللغويه لم يضمن أيضاً، للأصل السالم عن معارضه الدليل الوارد وقاعده الإحسان كما سيأتى.

فإن قلت: روايه الميزاب ونحوها دليل الضمان أيضاً، لأن نصبه معلل بغيره صحيح وليس بلغو.

قلت: نصب الميزاب فى ذلك الزمان، أى زمان صدور الروايه خصوصاً فى بلاد العرب لا يبعد أن كان عدواناً وتعدياً عرفياً، لكثره ما يترتب عليه من الأذيّات والإتلافات لضعف الجدران وعدم ارتفاع الدور، وستعرف أن المباح المعدود من التعدى على الناس عرفاً مضمن أيضاً، مضافاً إلى قصورها فى الانتهاض فى مخالفه الأصل مع مخالفه جمع من المحققين وعدم اشتمالها على ما يوجب للتعدى عن موردها المخصوص بحيث يكون قاعده كليّه.

ص: ١٠٢

١- البحار: ج ٢ ص ٢٧٢

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ و ٣٤٢

الرابع: أن يعد في العرف والعادة عدواناً، وإن لم يكن حراماً شرعياً، فإن بعض الأفعال مثل إيقاف الدابة في وسط الطريق عند تزامم الناس وإن كان مسوغاً شرعاً، لكن يعد في العرف عدواناً وظلماً، إذ الطباع السليمة تسمت منة وتنزجر عنه، وهو أشبه شيء لمنافيات المروه، فلو لم يكن كذلك لم يضمن أيضاً.

فصار الحاصل أن الفعل الواقع في الملك مطلقاً، والواقع في غيره المقرون بالعرض العقلاني مع سلامته عن العدوان العرفي، لا يوجبان الضمان، وما عداهما يوجبه.

والدليل على تلك الدعويين الأخبار وكلمات العلماء، مع ملاحظه الأصل وقاعده الإحسان، فإنها لا تدل على أزيد مما ذكرنا، كما أنها تدل على الضمان في ما ذكرنا) انتهى.

أقول: يرد عليه أن تقسيمه السبب إلى الأقسام الأربعة ليس بأجلى من تقسيم الفقهاء الأمر إلى المباشر والسبب، فإن كل ما لا يعد سبباً مباشراً في العرف يكون من السبب إذا كان له مدخله في الأمر.

ثم إن قوله: فلو كان اختيارياً كان استناد التلف إليه أولى، فيه: إن قوه المباشرة على التسبب ليس مطلقاً.

ولذا في الثلاثة الذين يأخذ أحدهم إنساناً، ويرى الآخر بأن يكون ربيئاً، ويقتل الثالث، يقتل القاتل ويخلد في السجن الآخذ وتقلع عينا الرائي (١)، مع أنه لا شك في أن المباشر أقوى من السبب الذي هو الآخذ.

ثم روايات الناحسه التي مثل بها بعد ذلك ليست موافقه للقاعده، فجعلها

ص: ١٠٣

موافقه للقاعده وتطبيقها على ما ذكره بعيد.

أحداها: عن الأصمغ بن نباته، قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في جاريه ركبت جاريه فنخستها جاريه أخرى، فقمصت المركوبه فصرعت الراكبه فماتت، فقضى بديتها نصفين بين الناخسه والمنخوسه ((١)).

لأن مقتضى القاعده لولا هذه الروايه أن تكون الديه كلها على الناخسه، لأن المنخوسه عملت عملاً غير اختياري.

فهو مثل أن يلقي إنسان إنساناً من السطح على إنسان تحته فيموت ذلك الإنسان، فإن الاستناد إنما يكون إلى الإنسان الدافع، لا إلى الإنسان الواقع بغير اختياره.

ومثله الروايه الثانيه التي رواها المفيد في الإرشاد، كما في الوسائل: «إن علياً (عليه السلام) رفع إليه باليمن خبر جاريه حملت جاريه على عاتقها عبثاً ولعباً، فجاءت جاريه أخرى فقرصت الحامله فقفزت لقرصها، فوقعت الراكبه فاندقت عنقها فهلكت، فقضى على (عليه السلام) على القارصه بثلث الديه، وعلى القامصه بثلثها، وأسقط الثلث الباقي لركوب الواقصه عبثاً القامصه، فبلغ النبي (صلى الله عليه وآله) فأمضاه» ((٢)).

وعن المقنعه روايته مرسلًا ((٣)).

فإن هذه الروايه أيضاً على خلاف القاعده، فإن الركوب عبثاً لا يسبب أن يسقط من ديتها شيئاً إذا كان الأمر على وفق القاعده الأوليه، كما عرفت كونها على خلاف القاعده في المرأه المركوبه.

فقول المحقق المذكور: (لأن عله التلف كانت مركبه من فعل الناخسه

ص: ١٠٤

١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٩ الباب ٧ من أبواب موجبات الضمان ذيل الحديث ٢

والمنخوسه والراكبه، لأن الركوب لما كان بغير غرض عقلائي كاللهو واللعب وقع ثلث السديه بإزائه، وتمكين المنخوسه للركوب أيضاً أخذ ثلث السديه، وثلث الباقي ضمن الناحسه إياه) انتهى، محل نظر ظاهر.

أما التي ذكرها من شروط الحكم، فيرد على الشرط الأول: بعد عدم اعتبار المالك، إذ قد يكون الإنسان يحفر البئر في شيء موقوف يسكنه، وهذا أيضاً كالمالك لا يوجب الضمان، وقد يحفر في الصحراء لأجل ارتفاع الماره وليس بملكه، وهذا أيضاً لا يوجب السقوط فيه الضمان، أن الملك إذا كان معرضاً كان اللازم الضمان أيضاً، كما إذا كانت له دار خربه فيمر منها الزوار الذين لا يعلمون بأنها للغير، وإنما تكون طريقاً إلى الحرم مثلاً، فإنه إذا حفر بئراً في مثل هذه الأرض كان مقتضى القاعده الضمان، لأن العطب يستند إليه.

أما الشرط الثاني: وهو الإباحه وعدمها، فلا شأن له في موضوعنا، إذ المعيار هو الاستناد، والاستناد يجتمع مع الإباحه وعدمها، كما أن عدم الاستناد يجتمع معهما، وبين الأمرين عموم من وجه، ولا دليل على هذا الشرط من آيه أو روايه أو قول فقيه مستند إلى قاعده أو أصل أو ما أشبهه.

وكذلك الشرط الثالث، فإن وجود الغرض العقلائي وعدمه لا مدخله له في الاستناد وعدم الاستناد، والاستناد وعدمه ميزان الضمان وعدم الضمان، لا الغرض وعدم الغرض.

وقوله بالنسبه إلى الميزاب: إنه في ذلك الزمان، غير ظاهر الوجه، إذ ما ذكره تخصيص للروايه بغير مخصص، بل ورود الروايه عن الإمام الصادق (صلوات الله عليه)، نقلاً عن رسول الله (صلى الله عليه وآله) مع وضوح أن

فى زمان الإمام الصادق (عليه السلام) كانت الميازيب كالميازيب فى زماننا هذا، لأن بغداد والبصره والكوفه كانت مدن عامره، وكانت الدور والحيطان والميازيب أمثال هذه الأزمنه، وذلك لا يدع مجالاً للتخصيص المذكور.

فقد روى السكونى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخرج ميزاباً أو كنيفاً، أو أوتد وتداً، أو أوثق دابه، أو حفر شيئاً فى طريق المسلمين فأصاب شيئاً فعطب فهو له ضامن» (١).

ثم شرطه الرابع: بأن يعد فى العرف والعهده عدواناً، وإن لم يكن حراماً شرعياً، يرد عليه:

أولاً: إن تفكيكه بين الظلم العرفى والظلم الشرعى غير ظاهر، فإذا عدّ شىء فى العرف ظلماً ترتب عليه الحكم الشرعى، لأن الموضوع يؤخذ من العرف لا من الشرع، إلا فى موارد نادره تصرف الشارع فى الموضوع.

وثانياً: إن إيقاف الدابه فى وسط الطريق عند تراحم الناس لم يرد فى نص حسب ما نعلم بهذه الخصوصيه، وإنما ما ورد فى النص هو ما ذكرناه من قوله (صلى الله عليه وآله): «أوثق دابه» (٢)، فلا خصوصيه لازدحام الطريق وعدم ازدحام الطريق.

إلى غير ذلك من موارد المناقشه فى كلامه المنقول وغير المنقول، والله سبحانه العالم.

وكيف كان فقد عرفت أن المناط فى الضمان أحد أمرين: إما الملاك فى

ص: ١٠٦

١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٨٢ الباب ١١ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ١٩٢ الباب ٢٠ من أبواب موجبات الضمان ح ١

الروايات الخاصه الوارده فى المقام، وإما الكليات المنطبقه على الأفراد.

فحصر الجواهر الضمان فى الأمر الأول حيث قال: (فالتحقيق حينئذ كون المدار على المستفاد من النصوص المزبوره وغيرها، مما صرح فيها بالضمان به والتعديه منه إلى مشابهه فى ذلك بالإجماع أو بفهم عرفى ينتقل منه إلى كون المذكور مثلاً لما كان من سنخه)، غير ظاهر الوجه، إلا- أن يريد من النصوص المزبوره الأعم من الكليات والأمثله، لكنه خلاف ظاهر قوله (مثلاً) فى آخر كلامه المتقدم.

وعليه فلو شك فى أحد الأمرين لا يمكن التعدى بل الأصل عدم الضمان.

كما أن قوله بعد ذلك: (والظاهر عدم كون التعدى والتفريط الموجبين للضمان فى الأمين من ذلك حتى يصح التعدى منها إلى ما مثله فى غير الأمين، فيكون دلالة السارق وفتح الباب ومنع المالك حراسه ماشيته موجباً للضمان، باعتبار إيجاد مثله فى الأمين الذى مدار ضمانه على التعدى والتفريط الصادق ثانيهما فى المفروض إذا كان من الأمين دون غيره) انتهى.

محل نظر، إذ دلالة السارق وفتح الباب ومنع المالك حراسه ماشيته يجب أن يقال بأنها موجب للضمان أيضاً فى ما نحن فيه، إذ يشمل الأدله العامه: مثل (فمن اعتدى) (١١)، ومثل (وجزاء سيئه) (٢٢)، وغيرهما.

وقد ذكر الفقهاء أنه لو فتح باب القفص أو باب الاصطبل أو ما أشبهه، فطار الطائر وهربت الماشيه كان ضامناً، وهو مقتضى القاعده.

ثم من الكليات المذكوره فى الآيات وبعض الروايات،

ص: ١٠٧

١- سورة البقره: الآيه ١٩٤

٢- سورة الشورى: الآيه ٤٠

ومن الأمثلة المذكوره فى جملة من الروايات مما ملاكها آت فى غير تلك الأمثلة، يعلم عدم اعتبار قصد توقع العله فيه، ولا أكثره ترتب التلف به، ولا- منشأيته، بل ولو كان ذلك نادراً فإنه يوجب الضمان إذا صدق أحد الأمرين، بل ولو كان قصده الإحسان، فإن القصد الحسن كقصد الطيب والبيطار وما أشبه لا يوجب رفع الضمان.

وكذا قصد من دعى إنساناً إلى داره فعقره كلبه، وإن لم يكن حين الدعوه متوجهاً إلى وجود الكلب، أو إلى احتمال عقر الكلب له، فإن الضمان فوق (ما على المحسنين من سبيل) دلالة، فإنه حاكم عليها ولذا يقدم عليها.

ثم إنك حيث قد عرفت أن حفر البئر قد يكون فى الملك موجباً للضمان، وقد يكون فى غير الملك غير موجب للضمان، يظهر وجه النظر فى قول الجواهر وقول المطلقين حيث قال:

(فقد أطلق المصنف وغيره كون حفر البئر فى غير الملك سبباً للضمان، وهو أعم من الحفر فى طريق مسلوكة، أو فى ملك الغير، أو فى ملك مشترك، بل عن ظاهر الغنيه الإجماع على ذلك) انتهى.

فإنه لا يمكن الالتزام بذلك، والإجماع ظاهر الاستناد كما هو واضح.

ومن ذلك يعرف حال ما إذا حفر بئراً فى أرضه، ثم ترك الأرض وأعرض عنها حتى التحقت بالمباحات وأخذها غيره أو لم يأخذها.

وحال ما إذا حفر بئراً فى ملك الغير، ثم اشتراها أو ما أشبه.

وحال أفواه القنوت فى الصحارى المكشوفة.

وحال ما إذا حفر بئراً وجعل حول فوهتها محجراً ثم سقط المحجر، أما إذا أسقطه غيره فلا يبعد أن يكون الضمان على المسقط، لأنه يعد عرفاً السبب

والمعتدى وفاعل السيئه وما أشبه.

و حال ما إذا جعل أسلاكاً شائكه أو أسلاكاً كهربائيه حول مكان حال حفر البشر.

نعم ينبغي أن يتكلم حول أنه هل يجوز أن يجعل ذلك مما فيه خطر على الناس، إذا أراد بذلك حفظ مال نفسه، كالبنوك أو كالطور المعرضه لمجىء السارق وما أشبه، احتمالان:

من جواز الدفاع عن المال والأرض والنفس ولو بقتل الطرف، كما فى الروايات المذكوره فى كتابى الديه والقصاص ونحوهما.

ومن أن إزهاق النفس المحترمه بمجرد احتمال سرقة أو ما أشبه غير معلوم الجواز، ولعل الموارد تختلف، فإذا كان السارق يأتى ويسرق ما قيمته مثلاً مقدار دينار يمكن أن يقال بعدم الجواز، أما إذا كان السارق إذا أتى سرق مالاً كبيراً أو هتك عرضاً أو قتل نفساً كان ذلك جائزاً، وذلك لمسأله الأهم والمهم وغيرها.

ومنه يعلم حال ما إذا احتمل وقوع إنسان آخر فى المحذور، أى غير السارق كالذى يطير الحمام، أو الذى يريد العبور من السطح إلى مكان آخر، أو ما أشبه، سواء كان عمله ذلك جائزاً كالمضطر الهارب من السلطه، أو حراماً كالذى يطير الحمام فإن دخوله دار الغير ليس بجائز.

وإذا حفر فى الملك المشترك بينه وبين غيره فسقط فيها الشريك، فالظاهر الضمان للكل لا للنصف باعتبار أن نصفه له، إذ سببه الحفر للقتل وللعطب لا قيد لها.

نعم لو حفر اثنان أو لائه أو أكثر بئراً فعطب بسببها إنسان أو حيوان موتاً أو نقصاً أو جرحاً، فالظاهر ضمان الجميع على حد سواء، سواء كان الحفر

من أجير المشتركين بأن أعطيا مالا لإنسان فحفر البئر، أو حفر أحدهما نصفها فوقاني والآخر نصفها التحتاني، أو حفر كل واحد منهما النصف عمودياً، لوحده الملاك في الجميع.

ولا- فرق بين أن يكون الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين كالحفر لبالوعه مياه الأمطار والاستقاء ونحو ذلك، أو لم يكن بل كان عدواناً أو عبثاً واعتباطاً، أو لمصلحة نفسه أو ما أشبه، لإطلاق الأدله المتقدمه.

ولذا قال في الجواهر: مقتضى إطلاقهم عدم الفرق في المتردى بين أن يكون المالك أو غيره، وبين الداخل بإذنه أو غيره، وبين كون البئر مكشوفه أو مغطاه، بل مقتضى إطلاق غير واحد عدم الفرق بين كون ذلك لمصلحة المسلمين وغيره. بل عن الفخر التصريح بالأخير، لكن عن الشيخ والفاضل وثاني الشهيدين والأردبيلي عدم الضمان إذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين، كالحفر للبالوعه والاستقاء ونحو ذلك، واستحسنه المصنف، إلا أن ما سمعته من النصوص المشتمله على العموم اللغوى وترك الاستفصال يقتضى الضمان مطلقاً انتهى.

نعم قوله: (وبين الداخل بإذنه أو غيره) فيه نظر، إذ لو لم يكن الداخل بإذنه ودخل وسقط، فإن مقتضى القاعده عدم الضمان، كما في الكلب.

وقد تقدم روايه السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل دخل دار قوم بغير إذنه فعفره كلبهم، قال: لا ضمان عليهم، وإن دخل بإذنه فضمنوا» (١).

ص: ١١٠

وكيف كان، فيؤيد ما ذكرناه من عدم الضمان في الأسلاك الشائكة والكهربائية إذا جرحت أو قتلت اللص، ما رواه أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام) أنه قال: «إذا قدرت على اللص فارمه وأنا شريكك في دمه»^(١)، فإن الملاك في الأمرين واحد.

كما يؤيد ما ذكرناه من ضمان الشريك لشريكه فيما إذا حفر بئراً، ما رواه أبو بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في حائط اشترك في هدمه ثلاثة نفر، فوقع على واحد منهم فمات، فضمن الباقيين ديته، لأن كل واحد منهما ضامن لصاحبه»^(٢).

ومنه يعلم حال ما إذا صنعا عريشاً للوقوف عليه للهدم أو البناء أو ما أشبهه، فسقط أحدهما فمات أو عطب، وحال ما إذا صنع العريش صاحب البيت أو المعمار أو ما أشبهه فسقط العامل، وحال ما إذا انهدمت الدار فذهبوا ضحية، أو انهدم سقف المنجم أو حائطه مثلاً فقتلوا أو جرحوا أو ما أشبهه، وإن كانت بعض فروع المسألة مشكله.

ولا يخفى أن روايات (أضر بطريق المسلمين) كما تقدم وشبهها، بل بعض العمومات يشمل الضمان بمثل صنع الدكة في الطريق، أو إلقاء القمامات كقشور البطيخ ونحوها، بل عن المبسوط التصريح بالضمان في الأخير، وتقييد المحقق والعلامة في بعض كتبهما بمن لم ير القمامه غير ظاهر، لإطلاق الأدلة.

وقد ذكرنا في كتاب الديات جملة من فروع المسألة، والتي منها إلقاء الثلج من السطوح في الشوارع والأزقة وما أشبهه.

ص: ١١١

١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٨ الباب ٦ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٥ الباب ٣ من أبواب موجبات الضمان ح ١

(مسأله ١٠): قال فى الشرائع: (إذا اجتمع السبب والمباشر قدم المباشر فى الضمان على ذى السبب، كمن حفر بئراً فى ملك غيره عدواناً فدفع غيره فيها إنساناً، فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع).

وفى الجواهر: لم أجد خلافاً بينهم، بل أرسلوه إرسال المسلمات فى المقام وفى القصاص والديات.

بل عن كشف اللثام الإجماع عليه.

بل فى مجمع البرهان أن من المعلوم عقلاً ونقلاً إسناد الفعل إلى القريب دون البعيد الذى هو سبب السبب، وله مدخله ما فى ذلك الشئ، وهو ظاهر، وكأنه مجمع عليه.

أقول: وفى مفتاح الكرامه: طفحت عباراتهم فى باب القصاص والديات والغضب أنه لو اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر إذا تساويا فى القوه أو رجح المباشر، والحاصل إنى لم أجد فى الأبواب الثلاثه فى ذلك مخالفاً، وقد قالوا إنه يستثنى من ذلك ما إذا ضعف المباشر، وهذا يشمل الضعف بالإكراه والغرور، بل والشمس والنار والريح إن صدق عليها اسم المباشره، وقد عللوا المستثنى منه بأنه المنسوب إليه الفعل دون السبب.

ففى المثال وهو ما إذا دفع إنسان إنساناً فى بئر حفرها ثالث، ينسب القتل والعطب إلى الدافع لا إلى حافر البئر، وكذلك فى الأسباب الاضطرابيه، كما إذا ألقى إنسان إنساناً فى البحر أو فى النار، أو ألقاه تحت وهج الشمس المحرقه ومات، أو ألقاه فى المسببه فافترسه الأسد، أو ما أشبه ذلك، قال العرف بأن القاتل هو هذا الإنسان الملقى والدافع وما أشبهه، ولم ينسب القتل إلى

الأمر الاضطراريه كالشمس والماء ونحوهما، أو الاختياريه اختياراً حيوانياً كالسبع المفترس له.

(فجزاء سيئه سيئه ((١))، و(من عاقب) ((٢))، و(فاعتدوا) ((٣))، وما أشبه، إنما ينطبق على الإنسان المباشر لا على السبب.

لكن في الرياض ناقش في الحكم المشهور أولاً، وذكر أنها مقتضى القاعده لولا الإجماع، لأن القوه لا تدفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضى ضمانه أيضاً، وهو ما مر من حديث نفى الضرر، ولا امتناع في الحكم بضمانهما معاً، وتخير المالك في الرجوع إلى أيهما شاء كالغصب، فلولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بضمانهما كترتب الأيدي في الغصب في غايه الحسن.

ثم قال: (وعلى هذا تبه خالي العلامه (دام ظله) في حاشيته على شرح الإرشاد، إلا أن ظاهره (سَلَّمَهُ اللهُ) المصير إليه، أو بقاءه في شباك التردد من دون أن يقطع بما ذكره الأصحاب، ولعله لتوقفه في فهم الإجماع، وتردده في قبول حكايته من ناقله لعدم قطعه به، وهو حسن، ولكن الإجماع ظاهر فالمصير إلى ما ذكره متعين).

أقول: لا- إشكال في مثل الإحراق بالشمس والإلقاء في الماء والمسبعه وما أشبه، وإنما الإشكال في فاعلين مختارين أحدهما مقدم على الآخر، كما في حافر البئر ودافع غيره إنساناً فيها.

ص: ١١٣

١- سورة يونس: الآية ٢٧

٢- سورة الحج: الآية ٦٠

٣- سورة البقره: الآية ١٩٤

ويؤيد المشهور أحاديث الزُبيهِ، فإن الإمام (عليه السلام) لم يجعل شيئاً من الديه على الحافر، وإنما جعل الديه على المباشر.

فعن مسمع بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إن قوماً احتفروا زبيهِ للأسد باليمن فوقع فيها الأسد، فازدحم الناس عليها ينظرون إلى الأسد فوقع رجل، فتعلق بآخر، فتعلق الآخر بآخر، والآخر بآخر، فجرحهم الأسد، فمنهم من مات من جراحه الأسد، ومنهم من أخرج فمات، فتشاجروا في ذلك حتى أخذوا السيوف، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): هلموا أقض بينكم، فقضى أن للأول الربع من الديه، وللثاني ثلث الديه، وللثالث نصف الديه، وللرابع الديه كامله، وجعل ذلك على قبائل الذين ازدحموا، فرضى بعض القوم وسخط بعض، فرفع ذلك إلى النبي (صلى الله عليه وآله) وأخبر بقضاء أمير المؤمنين (عليه السلام) فأجازه» (١١).

وفى روايه محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في أربعة اطلعوا في زُبيهِ الأسد، فخرّ أحدهم فاستمسك بالثاني، واستمسك الثاني بالثالث، واستمسك الثالث بالرابع حتى أسقط بعضهم بعضاً على الأسد، فقتلهم الأسد، فقضى بالأول فريسه الأسد، وغرّم أهله ثلث الديه لأهل الثاني، وغرّم الثاني لأهل الثالث ثلثي الديه، وغرّم الثالث لأهل الرابع الديه كامله» (٢).

فإن هذين الحديثين ومثلهما غيرهما تدل على عدم شيء

ص: ١١٤

١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٦ الباب ٤ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٦ الباب ٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٢

على حافر الزبييه، مع وضوح أن الزبييه تحفر كما تحفر البئر.

نعم لا يبعد الحكم بما ذكره الرياض فيما إذا كان كلاهما عرفاً سبباً، كما إذا حفر أحدهما بئراً والآخر ألقى إنساناً فى البئر، وقد فعلا ذلك بقصد إهلاك ذلك الإنسان، أو وضع أحدهما سكينه حاده فى مكان، وألقى الآخر إنساناً على تلك السكينه فقتلته، إلى غير ذلك من الأمثله.

ويؤيد اشتراكهما ما رووه فى حكم من أمر غيره بالقتل، مثل ما رواه زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام)، فى رجل أمر رجلاً بقتل رجل فقتله، قال: «يقتل به الذى قتله، ويحبس الأمر بقتله فى الحبس حتى يموت» (١).

ومثله روايه المسمعى: إن أباً عبد الله (عليه السلام) دخل على داود بن على لما قتل المعلى بن خنيس، فقال: «يا داود قتلت مولاي وأخذت مالى»، فقال داود: ما أنا قتلته ولا أخذت بمالك، فقال: «والله لأدعون الله على من قتل مولاي وأخذ مالى»، فقال: ما أنا قتلته (٢).

وعن المسمعى فى حديث: إن أباً عبد الله (عليه السلام) دخل على داود بن على، لما قتل المعلى بن خنيس فقال: «يا داود قتلت مولاي وأخذت مالى»، فقال داود: ما أنا قتلته ولا أخذت بمالك، فقال: «والله لأدعون الله على من قتل مولاي وأخذ مالى»، فقال: ما أنا قتلته، ولكن قتله صاحب شرطتى، فقال: «يا ذنك أو بغير ذنك»، فقال: بغير ذنى، فقال: «يا إسماعيل شأنك به»، فخرج إسماعيل والسيف معه حتى قتله فى مجلسه (٣).

ص: ١١٥

١- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٢ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٣ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٢ الباب ١٣ من أبواب قصاص النفس ح ٢

فإن الظاهر أنه إذا كان ياذنه كان يعد قاتلاً، وقد ذكرنا في كتاب الدييات صحه تسميه معاويه ويزيد وهارون والمأمون ومن أشبههم قاتلاً، حيث قتل الحسن والحسين وموسى بن جعفر والرضا (عليهم السلام) بسبب عبيدهم وغلماهم والمطيعين لأوامرهم.

ومثل حديث زراره، في من أمسك رجلاً فقتله رجل آخر، ما رواه الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «قضى على (عليه السلام) في رجلين أمسك أحدهما وقتل الآخر، قال: يقتل القاتل ويحبس الآخر حتى يموت غماً، كما حبسه حتى مات غماً»^(١).

وفي روايه سماعه، قال: قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شدّ على رجل ليقته والرجل فار منه فاستقبله رجل آخر فأمسكه عليه حتى جاء الرجل فقتله، فقتل الرجل الذي قتله، وقضى على الآخر الذي أمسكه عليه أن يطرح في السجن أبداً حتى يموت فيه، لأنه أمسكه على الموت^(٢).

وفي روايه السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إن ثلاثة نفر رفعوا إلى أمير المؤمنين (عليه السلام)، واحد منهم أمسك رجلاً وأقبل الآخر فقتله والآخر يراهم، فقضى في الربيئه أن تسمل عيناه، وفي الذي أمسك أن يسجن حتى يموت كما أمسكه، وقضى في الذي قتل أن يقتل»^(٣).

إلى بعض الروايات الأخر التي تشرك السبب والمباشر في العقاب، وإن

ص: ١١٤

١- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٥ الباب ١٧ من أبواب قصاص النفس ح ٣

اختلف العقاب، فإن ذلك مما يؤيد قول الرياض.

وكأنه لذا قال الجواهر: (نعم قد يشك في صورته ما لو قصد الاشتراك في الإلتلاف بأن فعل بالسبب سببه لإرادته مباشرة الإلتلاف من المتلف، كما لو نصب سكيناً في الأرض ليدفعه الآخر عليها مثلاً).

فقوله بعد ذلك: (مع أن التحقيق فيها أيضاً كون الضمان على المباشر الذي يسند الفعل إليه، وإن كان ذلك معيناً له وصار فعله من المعدات، كما هو واضح بأدنى تأمل في الفرق بين المعدات القريبة والبعيدة) محل نظر، ولذا يسند العرف الفعل إليهما معاً، ويقال: إنهما معاً معتد وفاعل سيئه وما أشبهه، بل لعل كلام المشهور منصرف إلى ما لم يكن السبب أيضاً فعل ما فعل بقصد العدوان.

قال في المسالك: (إن اتفقا في وقت واحد اشتركا في الضمان، لعدم الترجيح، وإن تعاقبا فالضمان على المتقدم في التأثير لاستقلاله بالضمان أولاً فكان أولى، وهو سبب السبب فيجب وجود المسبب عنده).

ولعله أراد ما في التذكرة قال: (ولو تعدد السبب فالضمان على المتقدم منهما إن ترتبا، كما لو حفر شخص بئراً في محل عدواناً، ووضع آخر حجراً فيه، فعثر إنسان بالحجر فوقع في البئر، فالضمان على واضع الحجر، لأنه السبب المؤدى إلى سبب الإلتلاف، فكان أولى بالضمان، لأن المسبب يجب مع حصول سببه فيه، فوضع الحجر يوجب التردى، أما لو انتفى الترتيب، فالضمان عليهما، كما لو حفر ووضع الحجر فالضمان عليهما).

فإن المنصرف من هاتين العبارتين وأمثالهما أن حفر البئر

لم يكن لأجل الإمامته، بل لأجل عمل لنفس الحافر كالأستقاء أو نحو ذلك.

نعم ما ذكره الرياض من التخيير فى التضمين فى السبب والمباشر غير ظاهر الوجه، إذ مقتضى القاعده التثريك لا التخيير كما يأتى فى السبيين.

ومنه يعلم أن إشكال المحقق الرشتى على صاحب الرياض بالمنع من كون السبب مضمناً مطلقاً، (إذ المستفاد من أدلته سببته للضمان، حيث لا- يكون فيه من يستند إليه الإتلاف عرفاً، إذ لم نجد من هذه الأدله ما يقضى بالعموم، غير أنا حصلنا من مجموعها أن التسيب إذا لم يكن معه فاعل مختار ويمكن تضمينه المسبب أى فاعل السبب، وأما معه فلا) انتهى، غير ظاهر الوجه.

ولعله لذا قال المحقق الرشتى أخيراً: (لكن الإنصاف أن هذا المعنى مع عدم كونه جموداً على ظاهر الأخبار، ومستنبطاً من مجموعها، لا- يجدى فى صورته التساوى مطلقاً، سواء كان بين السبب والمباشر أو بين السبيين، لأن الاستناد العرفى الذى قلنا بكونه مضمناً قائم).

نعم تصديقه أخيراً لصاحب الرياض فى كونه كالغصب فى مسأله ترتب الأيدى بقوله: (فدعوى عدم قيام الاستناد العرفى إلا بهما معاً مجازفه، وكذا فى صورته اجتماع السبب والمباشر المساوى، بل الظاهر تحقق النسبه العرفيه بالنسبه إلى كل واحد مستقلاً، لأن بناءها على التأثر الناقص، وقضيه ذلك الحكم بالتأخير دون التثريك، فلا بد أن يستند فى التثريك الذى هو ظاهر الأصحاب إلى الاتفاق والإجماع) إلى آخر كلامه.

قد عرفت أنه محل نظر.

فتحصل: أن مقتضى القاعده أن السبب والمباشر

إذا استند إليهما الفعل عرفاً كانا شريكين في الضمان لاشتراكهما في التلف الحاصل خارجاً، فإنه لولا الحجر لم يحصل التردى في البئر، كما أنه لولا البئر لم يؤثر العثور بالحجر تلفاً، وإليه مال الجواهر أخيراً.

وكيف كان، فقد قال في القواعد: والحواله على المباشر لو جامع السبب إلا مع ضعفه بالتغدير، كمن قدم طعام غيره إلى آكل جاهل، فالضمان يستقر على الأمر.

وقال في مفتاح الكرامه: قالوا إنه يستثنى من ذلك ما إذا ضعف المباشر، كما اقتصر على ذلك جماعه، وهذا يشمل الضعف بالإكراه والغرور، بل والشمس والنار والريح إن صدق عليها اسم المباشره.

وفي الدروس واللمعه والروضه إلا مع ضعفه بالإكراه أو الغرور، واقتصر في الارشاد على الأول، وفي الكتاب هنا على الثاني، ثم قال: في الأمر الغار أنه ذكره الدروس والروضه في المقام، وبه طفحت عباراتهم عند الكلام على الأيدي المترتبه على يد الغاصب.

وفي الجواهر أضاف على الأمر الغار ما لو لم يكن منه أمر بل مجرد تقديمه له ضيافه، قال: (وإن قال في التذكرة من قال كُله ولم يقل إنه ملكي ولا- طعامي ولا- طعام فلان غصبته بل أطلق، فوجهان، أقوىهما الضمان لأنه غره أيضاً، بل لو كان الطعام ملك المأمور المغرور ضمنه له أيضاً، لأنه وإن كان قد سلطه عليه وصيره بين يديه إلا أنه باعتقاده أنه ملك الغير، وأنه مسلط على إتلافه بغير عوض، فليس تسليمه له تسليمًا تاماً يتصرف فيه تصرف الملاك، فلذلك ضعف مباشرته بالغرور، وما اشتهر من أن قرار الضمان على من تلف في يده المال

إنما هو في غير الفرض).

أقول: وإنما تخصص قاعده الضمان بمن تلف في يده بذلك، لقوله (عليه السلام): «المغرور يرجع إلى من غر»^(١)، الشامل للمقام فإنه مقتضى الجمع بينهما عرفاً.

ثم إنه يؤيد كون الضمان على السبب إذا كان أقوى من المباشر ما ورد في شهود الزور، كما تقدمت جملة من رواياته، حيث إن الضمان على شاهد الزور لا على الحاكم بالقتل أو الجلد أو نحوهما، أو الجلاد المباشر للقتل، أو الناس المباشرين للرجم، أو ما أشبهه، فإن ذلك بسبب أن السبب أقوى من المباشر.

بل وما ورد في حكم من أمر عبده بالقتل، حيث روى إسحاق بن عمار، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل أمر عبده أن يقتل رجلاً فقتله، قال: فقال: «يقتل السيد به»^(٢).

وعن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل أمر عبده أن يقتل رجلاً فقتله، فقال أمير المؤمنين (عليه السلام): «وهل عبد الرجل إلا كسوطه أو كسيفه، يقتل السيد ويستودع العبد السجن»^(٣).

وفي الوسائل نقل العلامة في المختلف عن الشيخ في الخلاف أنه قال:

اختلف روايات أصحابنا في أن السيد إذا أمر عبده بقتل غيره فقتله فعلى من يجب القود، فروى في بعضها أن على السيد القود، وفي بعضها أن على العبد

ص: ١٢٠

١- المستدرک: ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب عيوب النكاح ح ٦

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٣ الباب ١٤ من أبواب قصاص النفس ح ١

٣- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٣ الباب ١٤ من أبواب قصاص النفس ح ١

القود ولم يفتلوا، قال: والوجه فى ذلك أنه إن كان العبد مخيراً عاقلاً يعلم أن ما أمره به معصيه، فإن القود على العبد، وإن كان صغيراً أو كبيراً لا يميز واعتقد أن جميع ما يأمره به سيده واجب عليه فعله، كان القود على السيد.

أقول: وقد ذكرنا فى كتاب القصاص أنه لعل الجمع العرفى بين الروايات أنه إن كان المأمور يعد آله فالقتل على الأمر، وإلا كان القتل على المأمور، والعبد غالباً كالآله، كما أشار إليه الإمام (عليه السلام).

وعلى أى حال، فمن هذه الروايات يستفاد أن السبب لو كان أقوى من المباشر كان الضمان عليه.

كما أنه يؤيد أيضاً ضمان السبب الأقوى ما رواه الوسائل، عن رزين، عن أمير المؤمنين (عليه السلام) فى حديث قال: «إياك أن تدفع فتكسر فتعزم»^(١).

وبذلك يظهر أن استدلال المحقق الرشتى بروايه رزين فى المسألة السابقة على بعض ما رآه غير ظاهر الوجه.

ص: ١٢١

١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٧ الباب ٥ من أبواب موجبات الضمان ح ٣

(مسأله ۱۱): قال في الشرائع: (ولا يضمن المكره المال وإن باشر الإتلاف، والضمان على من أكرهه لأن المباشره ضعفت مع الإكراه فكان ذو السبب هنا أقوى) انتهى.

أقول: أما موضوع الإكراه فقد ذكرناه في بعض الكتب الفقيهيه فلا وجه لإعادته، وأما الحكم بعدم الضمان بالنسبه إلى المكره، فالمسأله ينبغى أن تكون في خمس امور: المقسور والمكره والمغرور والمضطر بكلا شقي الاضطرار، أعنى أن يكون إنسان آخر في البين يضطره إلى ذلك، وأن لا يكون إنسان آخر.

أما بالنسبه إلى المقسور وهو الذى يصدر منه العمل اللاختيارى فالظاهر أن الضمان عليه، وإنما قرار الضمان على غيره وهو الذى قسره، كما إذا دفع إنسان إنساناً على ثالث فقتله، فإن هذا الإنسان المدفوع مقسور والضمان عليه، لكن قرار الضمان على الدافع، ولا نريد بكون الضمان عليه أنه عليه شخصاً وإنما نريد أنه على عاقلته على حسب موازين الديه.

فقد روى ابن سنان في الصحيح، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل دفع رجلاً على رجل فقتله، فقال: «الديه على الذى وقع على الرجل فقتله لأولياء المقتول»، قال: «ويرجع المدفوع بالديه على الذى دفعه»، قال: «وإن أصاب المدفوع شىء فهو على الدافع أيضاً» (۱).

نعم إذا كان القسر بدون قاسر يكون الضمان على نفس المقسور، فعن محمد بن مسلم، قال: قال أبو جعفر (عليه السلام): «أيمما ضئر قوم قتلت صبياً لهم وهى

ص: ۱۲۲

نائه فقتله فإن عليها الدية من مالها خاصة إن كانت إنما ضايرت طلب العز والفخر، وإن كانت إنما ضايرت من الفقر فإن الدية على عاقلتها»(١).

ولذا أفتى الفقهاء أن النائم إذا كسر إناء إنسان يكون ضامناً، فإن القسر لا يوجب رفع الضمان.

ولاء ينافى هذا روايه عبيد الله بن زراره، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل وقع على رجل فقتله، قال: «ليس عليه شيء»(٢).

فإن الظاهر منه أنه ليس عليه بالذات، وأما على العاقله فعليه الشيء، كما هو مقتضى القاعده.

وأما المكروه ففي الجواهر (عند قول الشرائع المتقدم): بلا خلاف أجده في شيء من ذلك.

وقد استدلل لعدم الضمان المحقق الرشتي بأمور:

الأول: انتساب الفعل وهو التلف عرفاً إلى المكروه المسبب، فلا يقال لمن استكره عليه في ذبح شاه الغير مثلاً إنه المتلف، كما يشهد به قولك بنى الأمير الدار، مع أن الأمير الأمر، وربما يكون أضعف من الإكراه.

الثاني: قاعده الإحسان، بناءً على شمولها لكل فعل مرخص فيه شرعاً و عرفاً، وإن لم يكن إحسان بالنسبه إلى الغير، فإن الإلتلاف المقصود به دفع الضرر عن النفس أو المال حسن.

الثالث: منافاه حكمه الإذن الشرعي للضمان هنا، وإن لم تكن ملازمه دائمه بين الإذن وعدم الضمان، لأن الإذن في إلتلاف مال الغير حال الإكراه إنما هو لأجل دفع الضرر عن المكروه نفساً أو مالاً، فينافيه ضمانه قيمه المتلف

ص: ١٢٣

١- الوسائل: ج ١٩ ص ١٩٩ الباب ٢٩ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ١٧٧ الباب ٥ من أبواب موجبات الضمان ح ١

التي قد تزيد على ما يندفع به الإكراه من الضرر.

الرابع: دليل رفع القلم عما استكروهوا عليه(11)، فإن العمل به في مثل المقام في الجملة يقيني وإن لم يكن مطرداً.

لكن لا يخفى إمكان المناقشه في بعض الأدله المذكوره، فمثلاً الدليل الأول الفعل مسند إليهما المكره بالكسر وبالفتح، كما أن بناء الأمير المدينه أو الدار مسند إليه تاره وإلى البناء أخرى، كما أنه قد يسند أيضاً إلى المعمار والمهندس المشرف على عمل البناء، فإن في الحقيقه البانى هو البناء وأما غيره فالإسناد إليه على ضرب من المجاز، كما أن قاتل الحسين (عليه السلام) في الحقيقه هو الشمر مثلاً وإنما يسند إلى عمر وابن زياد ويزيد على ضرب من التسامح، وإن كنا قد ذكرنا في كتاب القصاص عدم استبعاد أن تكون النسبه حقيقه أيضاً، ولذا ورد في الروايات أن يزيد (عليه اللعنه) قاتل الحسين (عليه السلام) وهكذا، فالاستدلال بهذا غير خال عن المناقشه.

كما أن استدلاله الثانى أيضاً قد تقدم في بعض المسائل السابقه ضعفه، فإن الإحسان لا يخصص أدله الضمان، ولذا يؤخذ الطيب والبيطار إذا لم يأخذ البراءه بالضمان مع أنه محسن محض، ثم التعدى من الإحسان إلى الغير الذى هو منصرف النص إلى الإحسان إلى النفس فيه خفاء، وإن كان الشيخ المرتضى (رحمه الله) في المكاسب استدل بمثل ذلك في النهى عن المنكر والتعاون على الإثم بأن يكون شرب الإنسان بنفسه الخمر من التعاون على الإثم، وبناء الإنسان المسجد من التعاون على البر.

أما منافاه حكمه الإذن للضمان كما استدل به في ثالث أدلته فأكثر ضعفاً،

ص: ١٢٤

إذ حكمه الإذن لدفع الضرر عن النفس والمال وما أشبهه، فدفع الضرر يكفى فى حكمه الإذن ولا يحتاج إلى عدم الضمان، أما إذا تساوى المالان أو الضرران فهو محل نظر، مثلاً يقول: اقطع يد زيد وإلا قطعت يدك، أو أتلف دينار زيد وإلا أخذت ديناراً منك.

والكلام فى هذا المبحث موكول إلى بحث الإكراه، وهو كلام طويل فى حدوده وخصائصه، ولذا كان الإذن الشرعى فى المخصصه بالأخذ من أموال الناس، ولكن لا يوجب ذلك سقوط الضمان، ويقول الفقهاء بالضمان جمعاً بين الحقين، وكذا ما يشبه ذلك كالقاء مال الغير فى البحر فى السفينه المخطوره ثم ضمانه، كما ذكروا ذلك فى باب الضمانات فى الديات وغيرها.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام المحقق الرشتى هنا حيث قال: (إن الضرر إذا توجه إلى الشخص ابتداءً لم يجز دفعه بإضرار الغير، فلو وقع فى ضرر مندفع بإضرار الغير لم يجز، مثل أن يقال لأحد: أريد منك درهماً من مالك أو من السرقة، فليس له اختيار الثانى دفعاً للضرر عن النفس، وإن توجه إلى الغير أولاً جاز ارتكابه إذا استلزم عدم الارتكاب ضرراً مثله أو دونه بعكس الأول، وما نحن فيه من القسم الأخير لأن الإكراه على الإلتلاف إضرار متوجه إلى الغير بحيث يستلزم عدم ارتكابه ضرر آخر على المكره).

إذ يرد على الأول: إنه لا كليه لما ذكره، فإنه إذا توجه إليه أسد يريد افتراسه وعلم أنه لو هرب منه افترس غيره، جاز له الفرار مع أنه يعلم أن فراره يستلزم افترس غيره، إلى غير ذلك من الأمثله.

كما يرد على الثانى: إنه لا دليل على جوازه مطلقاً، فلو قال له: أعطنى ديناراً من زيد، وكان يعلم أنه إذا لم يعطه أخذ ديناراً منه أو نصف دينار، لا دليل

على جواز أن يعطيه ديناراً من زيد، وبأى ملاك يعطيه ذلك وهو حرام في نفسه والضرر المتوجه إليه أقل أو مثله كما فرض، فإن صدق دليل الإكراه على مثل المقام فيه خفاء، بل الظاهر أن العرف لا يفهم من دليل الإكراه مثل ذلك، ولذا إذا اعتذر بأنه كان مكرهاً، يقال له: وأى إكراه وقد كنت تتمكن أن لا تعطيه وإن أخذ منك الدينار أو نصفه، بل في أخذه نصف الدينار منه أوضح.

نعم دليله الرابع: وهو رفع القلم^(١) في موقعه، لأن الظاهر من دليل الرفع رفع جميع الآثار لا الأمور التكليفية فقط، كما فصلنا ذلك في بعض مباحث الفقه، وإن كان المشهور لا يقولون بذلك، لكننا استظهرناه من إطلاق الدليل بعد عدم الفرق بين الحكم الوضعي والتكليف في لسان الشارع في أمثال هذه الموارد، وإنما يخرج الحكم الوضعي عن إطلاق دليل الرفع بأدله خاصة، فما لم تكن تلك الأدلة الخاصة يجب أن نقول بالإطلاق، وهو حاكم على مثل «الغصب كله مردود» لأن رفع القلم عنوان ثانوي وارد على العناوين الأولى كما قرر في محله.

وسياتى في كلام الجواهر اقتضاء الرفع ما يشمل الوضع أيضاً، وأن ما يكون مرفوعاً ويكون الوضع فيه موجوداً إنما هو بدليل خارج.

ولو أكرهه على قتل إنسان، فبالإضافة إلى أنه لا يجوز له، أنه لو فعله كان ضامناً، لأن دليل عدم التقيه في الدم يخصص دليل الإكراه حسب ما هو مقتضى الجمع بينهما عرفاً.

فعن محمد بن مسلم، فيما رواه الكافي، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «إنما جعل التقيه ليحققن بها الدم، فإذا بلغ الدم فليس تقيه»^(٢).

ص: ١٢٤

١- الوسائل: ج ١١ ص ٢٩٥ الباب ٥٦ من جهاد النفس ح ١، البحار: ج ٥ ص ٣٠٣

٢- الوسائل: ج ١١ ص ٤٨٣ الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهي ح ١

وفى روايه أبى حمزه الثمالى، قال: قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لم تبق الأرض إلاّ وفيها منا عالم يعرف الحق من الباطل»، وقال: «إنما جعلت التقيه ليحقن بها الدم، فإذا بلغت التقيه الدم فلا تقيه» (١) الحديث.

وعن الصدوق فى الهدايه، عن الصادق (عليه السلام) إنه قال: «لو قلت إن تارك التقيه كتارك الصلاه لكنت صادقاً، والتقيه فى كل شىء حتى يبلغ الدم فإذا بلغ الدم فلا تقيه» (٢).

أقول: ومن هنا اشتهر أنه لا تقيه فى الدماء، وقد رواه هامش الجواهر عن البحار.

قال فى الجواهر: (وكأن المصنف أشار بالاختصار على المال إلى الاحتراز عن النفس فإن الإكراه على إتلافها لا يوجب سقوط الضمان عن المكره، نعم فى الجرح إشكال من حيث تناول قوله (عليه السلام): «لا تقيه فى الدماء» له وعدمه) انتهى.

ومما تقدم ظهر وجه النظر فى قول الجواهر، فإنه بعد أن اعترف بأن الأصحاب فى المقام ظاهرهم عدم رجوع المالك على المكره بشىء قال:

(ولكن مع ذلك إن لم يكن إجماعاً لا يخلو من نظر، خصوصاً مع عود النفع إلى المباشر باعتبار مباشرته بالإتلاف، وإن رجع هو على المكره.

بل قد يقال: إن القاعده تقتضى اختصاص الضمان بالمباشر الذى هو المكره وإن أثم المكره لاستقلال المباشر بالإتلاف، ولكن ضمناً المكره للدليل

ص: ١٢٧

١- الوسائل: ج ١١ ص ٤٨٣ الباب ٣١ من أبواب الأمر والنهى ح ٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٣٧٣ الباب ٢٣ من أبواب الأمر والنهى ح ٥

لا لقوه السبب على المباشر المخصوصه بما إذا كان الإسناد حقيقه للسبب دون المباشر الذى هو كالرياح والشمس.

بل قد يقال بشمول قوله (عليه السلام): «كل مغضوب مردود»^(١) له، وإن كان مكرهاً على تناول المغضوب والتصرف فيه، بل ينبغي الجزم به فيما لو كان مغضوباً فى يده قبل الإكراه، فأكره على إتلافه، بل هو كذلك فى كل مضمون فى يده ثم أكره على إتلافه، لأن رجوع المالك حينئذ عليه باعتبار حكم الضمان السابق، بل لا ينافيه كلام الأصحاب المراد منه عدم الرجوع من حيث الإلتلاف الإكراهى خاصه) إلى آخر كلامه، فإنه يرد عليه:

أولاً: إن الحكم كما عرفت على وفق القاعده ولا حاجه إلى الإجماع، والمجمعون إنما فهموا الحكم من النصوص، فإنه لو أكره كان مقتضى رفع القلم عدم ضمانه وإن كان النفع يعود إليه بالمباشرة، كما إذا أكرهه بأكل طعام الغير وإلاّ ضرب عنقه فأكله، فإن الحكم مرفوع عنه، كما أن الحكم بالعقاب أيضاً مرفوع عنه، كما فى المرأه التى زنت اضطراراً على ما سيأتى.

وثانياً: إن ما جعله ينبغي الجزم به مما كان مغضوباً فى يده قبل الإكراه فأكره على إتلافه حيث ذكر أنه يبقى على حكم ضمانه، فيه: إن مقتضى القاعده أنه إذا تبدل الموضوع تبدل الحكم، فإنه كان ضامناً قبل الإكراه، فإذا أكره لم يكن ضامناً، لأن الموضوع تبدل إلى الإكراه، كعكسه بأن كان مكرهاً فرفع

ص: ١٢٨

الإكراه فإنه يضمن لأن دليل الإكراه قد سقط، والاستصحاب لا مجال له بعد تبدل الموضوع.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره أخيراً في مسأله ضمان المكره بقوله:

(ومنه يعلم الوجه حينئذ في تخيير المالك في الرجوع عليهما، فإن رجوع على المكره بالكسر لم يرجع على المكره بالفتح، بخلاف العكس، على نحو ما سمعته في قرار الضمان على من تلف المال في يده في الأيادي المتعاقبه) انتهى.

فإنه لا وجه للرجوع على المكره بالفتح مطلقاً بعد رفع الشارع القلم عنه مما يشمل التكليف والوضع.

لا يقال: فلماذا لا يرفع الوضع في الخطأ والنسيان مع أنهما ذكرا مع الإكراه في سياق واحد.

لأنه يقال: إن ذلك إنما يستفاد من لحن الآيه وبعض الروايات والإجماع بأن المخطئ والناسي إنما يرفع عنهما المؤاخذة الدنيويه بالعقاب والأخرويه بالنكال، قال سبحانه: (ربنا لا تؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا) (١)، وسياق حديث الرفع فيهما سياق الآيه المباركه، وذلك بخلاف الإكراه الذي ظاهر الحديث رفع آثاره مطلقاً.

ولذا قال الجواهر: رفع الشارع حكم الإكراه عن المكره الذي يمكن إرادته ما يشمل الوضع منه أيضاً، وإن لم يكن كذلك في الخطأ والنسيان للدليل.

ثم إنه لو ظن كونه مكرهاً ولم يكن في الواقع مكرهاً كان مقتضى القاعده الضمان، لأنه لا يكون السبب أقوى من المباشر من جهه السالبه بانتفاء الموضوع، إذ لا سبب أصلاً وإنما هو توهم السبب.

ص: ١٢٩

كما إذا أمر زيداً الجائر بكسر مال عمرو، فظن زيد بن خالد أنه المراد، بينما كان المأمور هو زيداً بن خويلد، أو إذا أمره بكسر مال زيد فظنه الجائر فتبين أنه صديقه الذى لا يريد تنفيذ الوعد والوعيد، أو ظن الجائر جاداً بينما لم يكن جاداً، فإن الإكراه أمر واقعى لا أمر خيالى، ولا دليل على أن الخوف يوجب أن يكون محكوماً بحكم الإكراه.

فليس فى المقام دليل يدل على تنزل الخوف منزله الواقع، كما دل فى خوف الصوم والطهاره وما أشبه.

أما لو انعكس بأن كان مكرهاً فى الواقع لكنه لا يعلم بأنه مكره وإنما فعل الشىء عن عمد، فالظاهر أنه ضامن لعدم صدق الإكراه فيما إذا لم يعلم بذلك، لأن المنصرف من الإكراه، الإكراه الذى علمه، وإلا يقال له عرفاً أنت لم تكن مكرهاً، وإنما فعلت ذلك بقصد وسوء نية.

ولو قيل: بأن الإكراه يشمل لغه، لأن الألفاظ حقيقه فى واقعها لا فى الأمور الخياليه.

قلنا: انصراف الدليل عن مثله كاف فى عدم كونه محكوماً بحكم الإكراه.

ثم إن قولهم بالسبب والمباشر، يراد بالسبب أعم من سبب السبب ومن السبب، فإنه إذا كان المكره سبباً لإكراه ثانٍ لثالث هو مباشر، فإن الضمان على المكره الأول لا المكره المتوسط الذى هو مكره بالفتح أيضاً، لأنه أيضاً أضعف من المكره الأول الذى هو السبب الأقوى كما لا يخفى.

وفى الإكراه مسائل كثيره لا داعى إلى التعرض إليها هنا.

ثم إن قال السبب لطفل أو مجنون: اعملا كذا، فعملاً، فلا إشكال فى أن

السبب أقوى من المباشر في المجنون، وكذا في الطفل إذا لم يكن مميزاً، أما إذا كان الطفل مميزاً وفعل باندفاع من نفسه، وإن كان بأمر الأمر هل الضمان على الأمر مطلقاً لأنه أقوى من المباشر، إذ الصبي مرفوع عنه القلم، أو الضمان على الطفل لأنه مندفع عن نفسه، فإذا كان جرحاً أو قتلاً- فعلى عاقلته، لحديث «عمد الصبي خطأ»^(١)، احتمالان، لكن الأقرب إلى الاستفادة من الموارد الخاصة في الروايات بالملاك ومن مذاق الفقهاء أن السبب أقوى مطلقاً، من غير فرق بين المميز وغير المميز.

نعم لا إشكال في أنه إذا كان الصبي مميزاً أدب، كما يؤدب بالسرقة والزنا واللواط وشرب الخمر وغير ذلك، على ما ذكره في كتاب الحدود، فلا ضمان على عاقلته هنا، حيث إن دليل كون السبب أقوى من المباشر حاكم على دليل ضمان العاقله، كما أنه كذلك في المجنون.

نعم إذا لم يكن للأمر أثر في الطفل فلا شيء على غير العاقله قطعاً.

وأما الغرور فقد قال في القواعد: (ومهما أتلّف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه، إلا مع الغرور كما لو أضافه به، ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار، وكذا لو أودعه المالك أو آجره إياه) انتهى.

قال في مفتاح الكرامه عند قوله (إلا مع الغرور كما لو أضافه به): (فالضمان على الغاصب بلا خلاف فيما إذا قال كُله فهذا ملكي وطعامي، أو قدمه إليه ضيافه حتى أكله ولم يقل إنه مالي وطعامي، أو لم يذكر شيئاً.

وفي التذكرة: إنه الذي يقتضيه مذهبننا.

قلت: لمكان الاعتماد على اليد الداله

ص: ١٣١

على الملك، والأماره الداله على الإباحه.

وفى المبسوط: إنه الأقوى.

وبه جزم فى الشرائع وغيرها فى مطاوى الباب وغيره.

وقد تقدم للمصنف فى الباب الجزم بذلك، وظاهر جماعه وصريح آخرين أن المالك يتخير فى تضمين كل واحد من الآكل والغاصب، ويستقر الضمان على الغاصب(1) إلى آخر كلامه.

وقال المحقق الرشتى: (أما إذا كان الضعف بالغرور فالقدر المعلوم المتيقن منه أن الضمان بالآخره يرجع إلى الغار، وأما أن الضمان هل يتوجه إليه ابتداءً فلا شىء على المغرور أصلاً كالمكره، أو إلى المغرور ابتداءً ثم يرجع هو إلى الغار، أو يتخير المالك بين الرجوع إليه ابتداءً وبين الرجوع إلى المغرور فيرجع هو إليه، أو تفصيل بين ما إذا كان للغار يد على المال أو سبب آخر للضمان سوى التغير كالثالث، وإلا كالثانى، وجوه وأقوال، لا يبعد كون الأقوى الأخير)، إلى آخر كلامه.

أقول: مقتضى القاعده أنه إذا وضع كل منهما يده على مال المنصوب منه كان له أن يرجع إلى أى منهما، لقاعده اليد وقاعده الإلتاف بالنسبه إلى المتلف إذا كان المغرور متلفاً، أما إذا لم يضع الغار يده وإنما دل المغرور عليه فأخذه وأتلفه فإن القاعدتين لا تشملان الغار، إلا إذا قلنا بصدق (من أتلف) عليه، هذا حسب القواعد الأوليه.

نعم قاعده المباشر والسبب تقتضى أن يكون المرجع الغار وحده دون

ص: ١٣٢

١- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ١٠١ ط الحديثه

المغرور، وذلك لأن قاعده الأقوى من المباشر والسبب حاكمه على القاعدتين ونحوهما.

ولذا تقدم فى الروايات المتعدده أن شاهد الزور هو المأخوذ لا المجرى كالحاكم والجلاد ونحوهما، ولم يرد فى تلك الروايات أن الولى سواء كان نفس الشخص كما إذا قطعت يده، أو وارثه كما إذا قتل مورثه، له الحق فى الرجوع إلى أيهما أو إلى المباشر، وأن المباشر له الحق فى الرجوع إلى السبب، مع العلم أن المباشر هو الذى باشر القتل والقطع فى السرقة، فلا يحق للشخص المقطوع يده أن يرجع إلى الحاكم أو إلى جلاده باعتبار أنهما مغروران، وبعد ذلك هما يرجعان إلى الغار الذى هو الشاهد.

أما ما تقدم من دليل مفتاح الكرامه بقوله: (لمكان الاعتماد على اليد) إلى آخره، فلا يخفى ما فيه، إذ الاعتماد على اليد لولا ما ذكرناه لا يدل على ضمانه وحده بعد قاعده اليد بالنسبه إلى الثانى، وقاعده التلف أيضاً فيما إذا أتلفه بدون يد، كما إذا ألقى عليه حجراً فانكسر الزجاج وما أشبه.

ولا يمكن أن يقال: إن الروايات المذكوره وردت فى مثل القتل وقطع اليد وما أشبه من الجروح والنفس، أما فى المال فمقتضى القاعده الرجوع إلى القواعد الأوليه.

لأنه يقال: بوجود المناط، بل المناط الأولوى فى المال كما لا يخفى على من راجع العرف.

لا يقال: المغرور يرجع إلى من غر، يقتضى الرجوع إلى المغرور أولاً وهو يرجع إلى من غر.

لأنه يقال: لا- يستفاد منها أن الرجوع إليه أولاً بل المستفاد منها أنه لو رجع إليه رجوع هو إلى من غره، فاللازم أن نرجع إلى القواعد الأوليه.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فى الأقوال الثلاثه الأخر، وإن أطل المحقق

الرشتي في الاستدلال لها خصوصاً لما اختاره من التفصيل.

ولعل ذهاب المشهور إلى ما ذكرناه هو للمستند المذكور، وإن كانت كلماتهم لا تخلو من نوع غموض كما لا يخفى على من راجع الجواهر وغيره.

أما المضطر، فإذا لم يكن إنسان آخر في البين بأن كان الاضطرار بدون واسطه، فلا ينبغي الإشكال في الضمان على المضطر، ودليل رفع الاضطرار لا يدل على أكثر من رفع العقاب والحرمة ونحوهما، أما بالنسبة إلى الضمان فقاعده الضمان محكمه، وهو مقتضى الجمع بين دليل الاضطرار ودليل حرمة أموال الناس.

ويؤيده ما ذكره في أكل المخمصة، حيث يجوز له الأكل لكنه ضامن للقيمه.

وأما إذا كان شخص آخر في البين اضطره إلى ذلك، كما إذا أراد قتله فاضطر إلى الهرب مما سبب عطب حيوان أو إنسان أو مال أو ما أشبهه، فلا يبعد أن يكون الضمان على المضطر لا على الهارب، وذلك لدليل «لا ضرر» بالتقريب الذي استدلوا به في باب خيار الغبن والعيب، كما تقدم تقريبه منا في هذا الكتاب وفي غيره.

ويؤيده ما دل على تضمين الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) لمن منع إنساناً ماءً حتى مات عطشاً^(١)، كما ذكرنا رواياته في كتاب الديات، لأن الملاك في البابين واحد، وإن كانت المسألة بعدُ بحاجه إلى التأمل، والله سبحانه العالم.

ثم إن قولهم: «المغرور يرجع إلى من غر»^(٢)، انما يستقيم فيما إذا أخذ من

ص: ١٣٤

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢٧٢ الباب ٣٤ من نوادر موجبات الضمان ح ٦

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من عيوب النكاح ح ٦

المغرور شيء، وإلا فلم يؤخذ من المغرور شيء حتى يرجع هو إلى من غر، بل المرجع أولاً وبالذات هو الغار.

ويدل عليه بالإضافة إلى القاعده، جملة من الروايات:

مثل ما عن رفاعه بن موسى، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)، إلى أن قال: وقد سألته عن البرصاء، قال: فقال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في امرأه زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحلت من فرجها، وأن المهر على الذى زوجها، وإنما صار عليه المهر لأنه دلستها، ولو أن رجلاً تزوج امرأه وزوجه إياها رجل لا يعرف دخيله أمرها، لم يكن عليه شيء، وكان المهر يأخذه منها»^(١).

وفى روايه إسماعيل بن جابر، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل نظر إلى امرأه فأعجبته فسأل عنها، فقيل: هي ابنة فلان، فأتى أباه فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه فعلم بعد أنها غير ابنته وأنها أمه، قال: «ترد الوليده على مواليتها والولد للرجل، وعلى الذى زوجه قيمه ثمن الولد يعطيه كما غر الرجل وخذعه»^(٢).

ومنه يظهر أن ما دل على الرجوع إلى الزوج، ورجوع الزوج إلى الغار، إنما هو فيما إذا كان الزوج قد دفع المهر قبلاً، لا- أنه يكون المرجع ابتداءً، مثل ما عن أبي عبيده، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال فى رجل تزوج امرأه من وليها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها، قال: فقال: «إذا دلست العفلاء والبرصاء والمجنوته والمفضاه ومن كان لها زمانه ظاهره فإنها ترد على أهلها من غير طلاق، ويأخذ

ص: ١٣٥

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٦٠٢ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ١

الزوج المهر من وليها الذى كان دلسها، فإن لم يكن وليها علم بشىء من ذلك فلا شىء عليه» (١) الحديث.

ومثله ما عن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) فى حديث قال: «إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل»، قلت: رأيت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها، قال: «المهر لها بما استحل من فرجها، ويغرم وليها الذى أنكحها مثل ما ساق إليها» (٢).

ولذا قال الصادق (عليه السلام) فى خبر داود بن سرحان، فالرجل يتزوج المرأة فتؤتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: «ترد على وليها ويكون لها المهر على وليها» (٣).

ومثل خبر الحلبي ما رواه محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «فى كتاب على (عليه السلام): من زوج امرأه فيها عيب دلّسه ولم يبين ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها، ويكون الذى ساق الرجل إليها على الذى زوجها ولم يبين» (٤).

وعن أبي الصباح، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل تزوج امرأه فأتى بها عمياء أو برصاء أو عرجاء، قال: «ترد على من دلّسها فيرد على زوجها الذى له، ويكون لها المهر على وليها، فإن كانت بها زمانه لا يراها الرجال أجزت شهادته النساء عليها» (٥).

ص: ١٣٦

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٦ الباب ١ من أبواب العيوب والتدليس ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٥
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٧ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٦
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٨ الباب ٢ من أبواب العيوب والتدليس ح ٧
- ٥- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٩ الباب ٤ من أبواب العيوب والتدليس ح ١

وعن رفاعه بن موسى، قال: سألته عن المحدوده، إلى أن قال: «بلغنى فى امرأه برصاء أنه يفرق بينهما ويجعل المهر على وليها لأنه دلسها»^(١).

إلى غيرها من الروايات الموجوده فى باب العيوب والتدليس من النكاح من الوسائل والمستدرک وغيرهما.

بل ويدل على الرجوع إلى الغار ابتداءً لا- إلى المغرور وهو يرجع إلى الغار: ما رواه أبو عمر السراج، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل توجد عنده السرقة، فقال: «هو غارم إذا لم يأت على بايعها شهوداً»^(٢).

قال فى الوسائل فى الباب التاسع من كتاب الغصب بعد هذا الحديث: (أقول: الظاهر أن المراد إذا أقام بينه على البائع رجوع المشتري عليه بماله، وإلا فهو غارم ولا يرجع مع إنكار البائع)^(٣).

بقى أمران:

الأول: إن ميزان القوه والضعف فى المباشر والسبب هو العرف، وأنه يرى أيهما أقوى فيكون الضمان عليه، وذلك لأنه لا دليل فى الشرع على القوه والضعف، وإنما يجب أن يستفاد ذلك من دليل الغرور على ما ذكرناه، ومن دليل (على اليد) و(جزاء سيئه) وما أشبه مما تقدم فى بعض المسائل السابقه، ولا ميزان للأقوائيه والأضعفيه حسب هذين اللفظين، وإنما حسب الأدله الأوليه، وإذا لم يعرف أن السبب أقوى أو مساو أو أضعف كان الأصل ضمان الذى

ص: ١٣٧

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٦٠٠ الباب ٥ من أبواب العيوب والتدليس ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ٩ من أبواب الغصب ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٥ الباب ٩ من أبواب الغصب ذيل الحديث ١

أُتلف، لدليل من أُلّف مال الغير وما أشبهه.

وبذلك يظهر أن ما ذكره المحقق الرشتي محل نظر، قال: (الظاهر أن ميزان قوه المباشره صدور الإِتلاف مع القصد إلى كونه إِتلافاً ومع الاختيار، فلو انتفى أحد الأمرين كانت المباشره ضعيفه، من غير فرق في حال النوم وغيره فيضمن ولو مع السبب، وإلا كان مناط الضعف اقتران الإِتلاف بالإذن الشرعي والرخصه الشرعيه، فلو لم يكن كذلك كان السبب ضعيفاً، وهذا هو الأنسب لكلام القوم، وأنسب منه القول بكون المباشر أقوى مطلقاً حتى في صورته الإذن، بناءً على أن استثناء المغرور والمكره من تقديم المباشره استثناء منقطع راجع إلى نفي استقرار الضمان عليهما لا إلى نفي الضمان) انتهى.

مع أنه غامض في الجملة كما لا يخفى.

الثاني: إنه إذا تساوى السبب والمباشر بأن نسب عرفاً إليهما، كان مقتضى القاعده أنهما كالسببين في تقسيم الضمان عليهما، إذ لا وجه للرجوع إلى أيهما بكامل الأمر بعد أن لم يكن الدليل يشمل كل واحد منهما على استقلاله، فهما كالعلتين المستقلتين اللتين وردتا على معلول واحد، حيث إن لكل منهما نصف الأثر.

ومنه يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال: (قد ظهر أن في صورته تساويهما في القوه والضعف أنه التشريكي، وسيأتي إن شاء الله في اجتماع السببين، لكن قد يقال بأن هذا الفرق مفقود بعد ما عرفت مما ذكرناه في ميزان القوه والضعف، لأن مقتضاه عدم وجود ضعف المباشر وهو مطلقاً، فضلاً عن مساواته مع السبب، ولعله لذا لم نجد في كلمات مشايخ الفقه التعرض لحكم التساوى).

أقول: لعله يظهر صوره التساوى من كلام التذكرة والمسالك والجواهر مما تقدم فى مسأله الاشتراك فى الإتلاف، أما احتمال أن يكون المراد من قولهم الضمان على المباشر إلا- مع قوه ذى السبب أن الضمان على المباشر مطلقاً، إلا إذا كان ذو السبب أقوى، ففيه: إنه لا يمكن أن يكون مرادهم كلتا صورتين من القسم الأول، أى من قولهم الضمان على المباشر، لأن المنصرف من المستثنى منه صوره أقوائه المباشر، ولو بقرينه ما ذكره فى غير المقام.

ثم إن المحقق الرشتى قسم أسباب الضمان إلى ثلاثة أنحاء قال:

(أحدها: ما يحكم به بمجرد وجود السبب فى الخارج قبل وجود بقيه أجزاء عله التلف فى الخارج، وهذا الضمان ليس كالضمان باليد قبل التلف كما أشرنا إليه سابقاً، لأن أموال الناس وأنفسهم ليس فى عهده حافر البئر مثلاً عدواناً قبل حصول التلف فى الخارج بسببه، بخلاف المال فى اليد العاديه، فإنه فى ضمان ذى اليد فعلاً قبل تلفه.

ثانيها: ما يحكم به بعد وجود العله قبل تحقق المعلول أو التلف كالضمان المحكوم به فى حال العثره الموجهه للوقوع فى البئر قبل حصول الهلاك، فإنه على نحو آخر من الضمان يغاير الأول لقربه من التنجيز، أى تنجز اشتغال الذمه ببدل التالف، بل هو منجز حقيقه عرفاً، وهذا مثل ضمان اليد حين وجود العين بالنسبه إلى البدل لو تلفت لا بالنسبه إلى ردها.

وهذان الضمانان لا يتوقفان على جعل التلف الخارجى، وما ذكرناه سابقاً من أن السبب ليس سبباً للضمان بمجرد كما فى اليد بل بشرط فى أصل سببيه حصول الإصابه والتلف الخارجى غير ناظر إلى هذين، بل إلى المعنى الآتى.

ثالثها: ما يحكم به تحقق التلف في الخارج وهو اشتغال الذمه ببدل التالف منجزاً، إلى آخر كلامه.

لكن لا يخفى أن تثليث الأقسام ليس على ما ينبغي، لأن الدليل دل على «من أتلف» (١) وعلى «على اليد» (٢) فالقسم الثاني من الضمان وهو قبل تحقق المعلول لا يصدق عليه أيهما، ولا دليل على الضمان بمجرد العثره، يعني إنه بين العثره وبين التلف لا ضمان وإنما الضمان يتحقق بالتلف.

وكيف كان، ففي مثل وضع الحجر الذي يوجب العثره والوقوع في البئر مقتضى القاعده أن الضمان على كليهما، سواء فعل الوضع والحفر في زمان واحد أو في زمانين، كان هذا متقدماً أو ذاك متقدماً، لأن المسبب ناشئ عنهما معاً، فمن أتلف وما أشبه يشملهما، ولا وجه لتقديم هذا على ذاك، أو ذاك على هذا.

فالقول بأنه يحال على المتأخر وجوداً، فكل من وضع الحجر وحفر البئر وكان هو المتأخر في الوجود يضمن به، كما حكى عن الفاضل الأصبهاني، وقال المحقق الرشتي: (إنه لا يخلو عن جوده ووجهه، لأن السبب الأول لما توقف تأثيره على وجود السبب اللاحق صار كأنه غير سبب حقيقه في نفسه، وإن سببته قد حصلت من وجود السبب الثاني، كحفر البئر في جنب الحجر الموضوع في الطريق، فإن مجرد وضع الحجر إذا فرض عدم سببته

ص: ١٤٠

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٨ الباب ١١ من كتاب الشهادات ح ٢

٢- المست درك: ج ٢ الباب ١ من كتاب العاربه ح ٥٠٤

للتلف مطلقاً ولو أحياناً إلا بعد حفر حقيره في جنبه صح سلب السببه عنه في نفسه) انتهى.

غير ظاهر الوجه، فإنه لولا الحجر لم يعثر، ولولا البئر لم يسقط فيعطب، فكلاهما سبب سواء تقدم هذا على ذاك في الوجود أو ذاك على هذا.

ومن هنا ظهر أن الوجهين الآخرين بالتضمنين بالأسبق وجوداً في الخارج، وإن كان متأخراً في التأثير، كما حكى عن ظهور بعض فقرات عبارته التذكرة في ذلك، أيضاً غير ظاهر الوجه.

أما الحوالة على المتأخر تأثيراً، لأنه السبب القريب من الإلتلاف الذي هو المضمن، فلا قائل به كما ذكره بعضهم.

والحاصل: إن العرف لا يرى فرقاً بين المتأخر والمتقدم من السببين، وبين معيه السببين، كما إذا صار اثنان سبباً لقتل إنسان معاً، بأن جرحه كل واحد منهما جرحاً أدياً إلى هلاكه، حيث لا فرق بين المتقدم والمتأخر والمتقارن.

ص: ١٤١

(مسأله ١٢): قال فى الشرائع: (لو أرسل فى ملكه ماءً فأغرق مال غيره، أو أوجج ناراً فيه فأحرق، لم يضمّن ما لم يتجاوز قدر حاجته اختياراً مع علمه أو غلبه ظنه أن ذلك موجب للتعدى إلى الإضرار) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أنه مع صدق الإتلاف يكون ضامناً بدليل «من أتلف»، من غير فرق بين التجاوز فى الحاجه وعدمه، وبين العلم أو الظن أو الشك بالتعدى وعدمه، وبين عصف الهواء وعدمه، إلى غير ذلك، لأن «من أتلف» شامل لكل هذه الموارد، ولا حاجه فى الضمان فى باب الإتلاف إلى العلم أو التعدى أو ما أشبهه، لإطلاق الدليل.

أما إذا لم يصدق الإتلاف، كما إذا أشعل ناراً لأجل طبخه حسب متعارفه، أو لأجل الدفء أو نحوه فعصفت الهواء فجأه فأطارت الريح النار إلى دار الغير فاحترقت أو نحو ذلك، فإنه لا يصدق على مثل هذا الإنسان أنه أتلف مال غيره.

كما أنه إذا ركب السفينه وأركب الناس والأموال فيها فعصفت الهواء فغرقت السفينه والأموال والناس، لم يكن هذا الإنسان صاحب السفينه ضامناً، لأنه لم يكن عرفاً متلفاً، وإنما التلف يستند إلى الهواء، وكذلك إذا أشعل فى داره مصباحه فجاءت الفأره وأخذت الفتيله المشتعله وذهبت بها إلى دار الجار فاحترقت، فإنه لا يكون ضامناً لأنه لا يسند إليه.

نعم إذا كان عالماً بهبوب الريح أو بمجىء الفاره أو بغرق السفينه ومع ذلك ذهب بالسفينه وأشعل النار محتاجاً أو غير محتاج إليها، فإنه يسند عرفاً إليه.

ولذا قال الجواهر: (والتحقيق كون المدار على صدق الإلتلاف حقيقه ولو بالتوليد إن لم يكن إجماع على خلافه، من غير فرق بين التجاوز في الحاجه وعدمه، وبين العلم أو الظن بالتعدى وعدمه، نعم لو كان ذلك من التسبب لم يكن عليه ضمان ما لم يعلم التعدى، أو يغلب على ظنه ولو بكونه من شأنه ذلك، وبما ذكرنا يفرق بين تأجيح النار في العاصف، وبين تأجيحها بلا ريح، ثم يعرض الريح فى الأثناء) انتهى.

وإن كان يرد عليه أولاً: إنه لا- حاجه إلى غلبه الظن، بل الاحتمال العقلانى كاف، وإن كان الظن على خلافه، لأنه يعد متلف عرفاً، فإذا أوجج النار وكان محتملاً- أن تصل إلى دار الجار احتمالاً عقلائياً وإن كان مرجوحاً، كما ذكروا مثله فى الخوف فى باب الوضوء والصلاه والصوم والحج وغيرها، كان مقتضى القاعده الضمان، لأنه يصدق عليه «من أتلف».

كما يرد عليه ثانياً: إن إطلاقه بقوله: (وبين تأجيحها بلا ريح ثم يعرض الريح فى الأثناء) غير ظاهر، إلا أن يقال: بانصرافه إلى أنه لم يكن محتملاً- عقلائياً تأجيحها بعروض العاصفه مثلاً- أما إذا كان محتملاً- العصف بأن كان الوقت وقت العصف ولو كان احتمالاً واحداً فى العشره مثلاً كان مقتضى الأصل الضمان.

كما أنه كذلك فيمن يذهب بإنسان إلى محل يحتمل من العشره واحداً أن يفترسه الأسد أو ما أشبهه، فإن العرف يرون أنه هو السبب بعد احتمالاه احتمالاً عقلائياً وإن كان مرجوحاً واحداً فى العشره مثلاً، بل وأكثر، فإن العقلاء لا يقدمون على مثل هذا الاحتمال، فإذا كان فى كل عشرين سياره تذهب من

الطريق المخطور واحده منها تسقط فى الهوه أو تصطدم أو يسرق ما فيها بسبب قطاع الطرق، فإذا ذهب إنسان بجماعه من هذا الطريق وهو محتمل هذا الاحتمال وكان الاحتمال عقلائياً، كان سبباً عرفاً وألقى عليه الضمان وصدق عليه «من أتلف».

وبذلك ظهر وجه النظر فى كثير من الكلمات، كقول المسالك:

(إذا أرسل فى ملكه ماءً وأجج ناراً لمصلحته، فإن لم يتجاوز قدر حاجته ولا علم ولا ظن التعدى إلى غيره فحصل التعدى والإفساد على الجار، فلا ضمان على المباشر اتفاقاً لعدم التفريط، وأن الناس مسلطون على أموالهم (١))، وسببته فى الإلتاف ضعيفه بالإذن له من قبل الشارع فى فعل ذلك فى ملكه، فلا يتعقبه الضمان، وإن تجاوز قدر الحاجه وعلم أو ظن التعدى فاتفق فلا شبهه فى الضمان لتحقق التفريط المقتضى له مع وجود السببيه الموجهه للضمان.

وإن اتفق أحد الأمرين خاصه، إما التجاوز عن قدر الحاجه مع عدم ظن التعدى، أو عدم التجاوز عنه مع علم التعدى أو ظنه، ففى الضمان قولان:

أحدهما: وهو الذى جزم به المصنف هنا، والعلامه فى القواعد والإرشاد: عدم الضمان لأنه فعل مأذون فيه شرعاً، فلا يتعقب الضمان، ولا يعد مثل ذلك تفريطاً، حيث لم يظن التعدى فى الأول، ولا يجاوز حاجته فى الثانى، لأصالة البراءه من الضمان.

والثانى: الاكتفاء فى الضمان بأحد الأمرين، تجاوز الحاجه أو ظن التعدى، وهو اختيار العلامه فى التحرير والشهيد فى الدروس، لتحقق السببيه الموجهه

ص: ١٤٤

له)، إلى آخر كلامه (رحمه الله).

فإنه يستشكل على جملة من الأدلة في الأقول التي ذكرها، مثلاً عدم التفريط، والناس مسلطون، لا يقاومان «من أتلف» و«من أعتدى» وما أشبه من الأدلة المقتضية للضمان، كما أن إذن الشارع لا ينافي الضمان للجمع بين الحقين، كما تقدم مثله في بعض المسائل السابقة، وقد ذكره الفقهاء في موارد جمه، والتي منها أكل المخمصة.

والإشكال على دليل «من أتلف» بأنه لم يرد من طرقنا، يرد عليه:

أولاً: إنه وارد في كتب الفقهاء، وأى فرق بين وروده في الكتب الفقهية أو الحديثية، خصوصاً وقد عمل به المشهور من أول الفقه إلى آخره.

وثانياً: إن في جملة من الروايات شاهد على ذلك، حتى إنه قال في حاشية الجواهر عند قوله: (الإنصاف ضروره المفروغيه من قاعده من أتلف التي لهجت بها ألسنه الفقهاء في كل مقام، وربما كان في بعض النصوص إشعار بها) انتهى، ما نصه:

(راجع الوسائل الباب العاشر والحادي عشر والرابع عشر من كتاب الشهادات، والباب الخامس والسابع من كتاب الرهن، والباب التاسع والعشرين من كتاب الإجاره، والباب الثامن عشر من كتاب العتق الحديث الواحد والخامس والتاسع، والباب الاثنین والعشرين من أبواب حد الزنا الحديث الرابع، والباب الواحد من أبواب نكاح البهائم الحديث الرابع من كتاب الحدود) انتهى.

بل وكذا روى روايات تؤيد ذلك المستدرك في هذه الأبواب وفي غيرها، كما لا يخفى لمن راجع.

وثالثاً: إننا لا نحتاج إلى دليل «من أتلف» فقط، فإن «من أعتدى»، و«جزاء سيئه»

و«من عاقب بمثل ما عوقب» وأشبه ذلك كلها تؤيد هذا الموضوع.

وعليه فإن نزل إطلاق محكى المقنعه والنهائيه والمبسوط والسرائر من عدم الضمان إذا أشعلها فى ملكه فحملتها الريح إلى غيره على ما ذكرناه فهو، وإلا كان فى إطلاقهم نظر كما عرفت.

ومنه يعلم الحال أنه لو تسرب من حديقته الماء إلى دار الجار، أو من بالوعته أو ما أشبههما، فسبب الماء عطب سردابه أو حائطه أو غيرهما كان ضامناً، وإن كان قد أعطى الماء بقدر الحاجه ولم يعلم بالتسريب، لصديق «من أتلف» (١) وغيره، وعدم علمه وكونه فى ملكه وأنه بقدر حاجته لا ينفع، بعد عموم دليل «من أتلف» وغيره.

والظاهر أنه فى تأجيج النار وإرسال الماء إذا علم بأنه يسبب الحرق والغرق كان ضامناً، وأنه بالإضافة إلى ذلك يعاقب عليه، إذ لا فرق بين التأجيج عمداً فى دار الجار، أو التأجيج فى داره وهو يعلم بسرايه النار إلى دار الجار ولو بسبب العواصف ونحوها.

وفى روايه السكونى، عن جعفر، عن أبيه، عن على (عليهم السلام): «إنه قضى فى رجل أقبل بنار فأشعلها فى دار قوم فاحترقت واحترق متاعهم، قال: يغرم قيمه الدار وما فيها ثم يقتل» (٢).

كذا رواه الشيخ والصدوق، وفى المقنع مثله مرسلًا.

ولعل القتل من باب أنه مفسد، فهو مثل من شهر السلاح، حيث يدخل فى قوله سبحانه: (إنما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الأرض فساداً أن يقتلوا) (٣) الآية.

ص: ١٤٦

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٢١٠ الباب ٤١ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٣- سوره المائده: الآية ٣٣

وكذا الحال فيمن حفر بئراً في داره أو حفر الأساس فسبب سقوط حائط الجار مثلاً.

أما روايات أن البئر جبار، فلا تشمل ما نحن فيه، وإن كانت متعددة.

فعن السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «البئر جبار، والعجماء جبار، والمعدن جبار»^(١).

وعن عقبه بن خالد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «كان من قضاء النبي (صلى الله عليه وآله) أن المعدن جبار، والبئر جبار، والعجماء جبار، والعجماء بهيمة الأنعام، والجبار من الهدر الذي لا يغرم»^(٢).

وعن زيد بن علي، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام)، قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «العجماء جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار»^(٣) الحديث، إلى أن قال: «والجبار الذي لا دية ولا قود».

فإن هذه الأمور إنما تكون جباراً إذا لم يسند إليه التلف، بدليل الجمع بين هذه الروايات والروايات الأخرى التي تقدم بعضها، فهي مثل:

ما عن يونس، عن رجل، عن أبي عبد الله (عليه السلام) إنه قال: «بهيمة الأنعام لا يغرم أهلها شيئاً»^(٤).

فإن المراد بأمثالها صورته عدم إسناد التلف إلى صاحب البئر والمعدن والبهيمة وما أشبهه، وإلا فدليل «من أتلف» محكم، ولذا يضمن صاحب الدابة الصائغ والكلب إذا تعديا، إلى غيرهما، وقد ذكرنا بعض الكلام في ذلك

ص: ١٤٧

١- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٠٢ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٠٤ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح ٤

٣- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٠٤ الباب ٣٢ من أبواب موجبات الضمان ح ٥

٤- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٠٨ الباب ٤٠ من أبواب موجبات الضمان ح ١

فى كتاب إحياء الموات، وفى كتاب الديات.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى كلامى المسالك والتذكرة، قال الأول:

(ولو اتفق جفاف شجر جاره بالنار بسبب المجاوره فالحكم كما لو سرت إليها، إلا أن يكون أغصان الشجره فى هواء أرض موقد النار فلا ضمان إذا كان عطفها غير ممكن، وإلا اتجه الضمان لأنه ليس له إتلافها مطلقاً، كما تقرر فى موضعه.

وفى التذكرة أطلق عدم ضمانها متى كانت فى هواء موقد النار، وضمانها إن لم يكن كذلك من غير تقييد بعلم التعدى أو تجاوز الحاجة، محتجاً أن ذلك لا يكون إلا من نار كثيره، ولا يخفى ما فيه) انتهى.

إذ يرد على الأول: إن كون أغصان الشجره فى هواء أرض موقد النار لا يرفع ضمان إحراقها، بل له أن يرجع إلى الجار لقطعها أو عطفها، فإذا لم يقبل رجوع إلى الحاكم، فإن لم يمكن الحاكم كان له الحق فى القطع لا فى الإحراق، إذ الإحراق إتلاف، بينما القطع إزالة المانع عن سلطته.

ومنه يعلم ما يرد على التذكرة، خصوصاً احتجاجه بأن ذلك لا يكون إلا من نار كثيره، فإن العله مع قطع النظر عن الإشكال فى إطلاقها، إذ يمكن أن يكون ذلك من نار قليله أيضاً، لا دلالة فيها على إطلاق الحكم الذى ذكره.

ثم إن دليل «لا- ضرر» منصرف عن الأضرار المتعارفه التى يضر بها كل جار جاره، وكل شريك شريكه، كما أن قاعده السلطنه (١) منصرفه إلى السلطنه المتعارفه لا فوق ذلك.

ففى الأول: المتعارف أن الإنسان يكنس داره ودكانه وأمام داره وأمام

ص: ١٤٨

١- بحار الأنوار: ج ٢ ص ٢٧٢

دكانه وما أشبهه، ويسبب شيئاً من إثارة الغبار حتى إذا رش الماء، وإثارة الغبار موجهه لتضرر الماره وما أشبهه، فإنه لا يشمل «لا ضرر» مثل ذلك حتى يقال: لا حق له في الكنس لأن الجار أو الماره يتضررون بذلك.

وكذلك القراءه فى البيت فى الاحتفال أو فى المأتم وما أشبهه تؤذى الجيران بمجىء الناس ورواحهم، إلى غير ذلك من الأمثله، فإن دليل «لا ضرر» لا يشمل مثل هذه الأمور.

وفى الثانى: قاعده السلطنه لا- تشمل مثل أن يخرج الإنسان الأصوات المزعجه للجيران من داره بسبب دق أو صياح أو ترفيع صوت الراديو والتلفزيون وما أشبهه، كما لا يشمل جعل داره دكان خباز حيث ما يؤثر الحراره على الدار الفوقانيه أو على الجار أكثر من المتعارف فى البيوت، أو أن ينصب فى أرضه معملاً يسبب إزعاج حيطان الجيران، إلى غير ذلك من الأمثله.

فإذا شمل دليل السلطنه ولم يشمل دليل «لا ضرر»، أو شمل دليل «لا ضرر» ولم يشمل دليل السلطنه فلا إشكال، أما إذا تعارضا بأن كان السلطنه المتعارفه يوجب ضرراً غير متعارف للجار، كما إذا كان إشعال حمام داره يوجب ذهاب الدخان إلى دار جاره مما يزعجهم، وكان ذلك سلطنه متعارفه لا فوق التعارف، وكان الضرر ضرراً أكثر من المتعارف، فمقتضى قاعده الجمع بين الحقين أن له أن يستفيد من سلطنته لكن عليه أن يتدارك الضرر، فإن فى المقام يتعارض لا ضرر و سلطنتان، سلطنه صاحب الدار المشعل لحمامه، ولا ضرره بالنسبه إلى عدم إشعال حمامه، حيث إن عدم تصرف الملاك فى أملاكهم فى نفسه ضرر عليهم وخرج، وإن لم يكن مما يتضرر المالك بتركه مالا أو بدنأ، لأن وضع الملك شرعاً وعرفاً على

الانتفاع به بحسب الدواعى النفسانية، وحبس المالك عنه ضرر عليه، كما أن فى الطرف الآخر وهو الجار دليل «لا ضرر» يحكم بأنه يحق له أن يمنع صاحب الحمام عن إشعاله، كما أن دليل سلطنته فى عقده السلبي أن له أن يمنع الآخرين مزاحمه سلطنته، فإذا تعارض الدليلان من الجانبين يتساقطان، ويبقى بعد ذلك أن مقتضى الجمع بين الحقين أن له الحق فى الإشعال كما أن عليه تدارك الضرر، كما ذكروا مثله فى أكل المخمصة وغيره.

وبذلك تظهر وجوه المناقشه فى كلام المحقق الرشتى حيث قال:

(التصرف المضر إن كان تركه مما يتضرر به المالك مالا أو بدناً فلا إشكال فى جوازه، لأن قاعده حرمة الإضرار المستفاده من النواهي، وقوله (عليه السلام): «لا ضرر ولا ضرار»^(١) معارضه لمثلها فى الجانبين، فبقى قاعده السلطنه سليمه عن المعارض.

نعم فى مراعاة أكثر الضررين وأهمهما كلام وتأمل، لكن الأظهر أن قاعده الأهميه فى تعارض الحقوق ملغاه فى المقام، فلو كان ضرر المالك من ترك التصرف واحد، وضرر الجار أكثر جاز له التصرف أيضاً، إذ الضرورات تبيح المحظورات كائنه ما كانت، ودفع الضرر عن النفس والمال بحكم العقل والنقل من الضروريات التى لا يكافؤها شىء من المحظورات).

إلى أن قال: (هذا إذا كان التصرف مما يتضرر المالك بتركه، وإن كان لا يتضرر فإما يعلم بإضرار الغير أو يظن أو لا، وعلى التقادير إما أن يكون هناك أماره التعدى والسرايه أم لا، أما صورته العلم مع وجود الأماره، ففى جواز التصرف حيثئذ وعدمها وجهان مبنيان على ترجيح إحدى القاعدتين،

ص: ١٥٠

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من كتاب إحياء الموات ح ٣

قاعده السلطنه وقاعده نفى الضرر على الأخرى، لأن المقام من تعارض القاعدتين، وقد يرجح القاعده الأولى أعنى قاعده السلطنه بمثل ما ذكرنا فى القسم الأول بناءً على ما ذكره العلامة فى محكى بعض كتبه خلافاً لبعض العامة القائل بتقديم قاعده «لا ضرر» وتحكيمها عليها، من أن عدم تصرف الملاك فى أملاكهم فى نفسه ضرر عليهم وحرَج)، إلى آخر كلامه.

إذ أولاً: قد عرفت أن فى كلا الجانبين كلتا القاعدتين، لا أن فى جانب قاعده وفى جانب قاعدتان.

وثانياً: إن مدخلية العلم والظن وما أشبهه لا وجه له، إذ الألفاظ موضوعه للمعانى الواقعيه بلا مدخلية للعلم والجهل والظن والشك فيها، نعم إذا ورد دليل ثانوى على ذلك كما فى باب الخوف من الصوم والصلاه أخذ بذلك الدليل الثانوى، وليس فى المقام دليل ثانوى.

وثالثاً: إنه لم يعرف وجه لقوله بإلغاء قاعده الأهميه فى تعارض الحقوق فى المقام، فقاعده الأهم قاعده عقليه وشرعيه جاريه فى كل الموارد، إلا- إذا دل الدليل الخاص على خلافها، وليس المقام فيه ذلك الدليل الخاص، كما أنه (رحمه الله) لم يقيم دليلاً على ذلك، إلى غير ذلك من مواضع النظر فى كلماته فى هذا الباب، كما لا يخفى لمن راجع كلامه.

(مسأله ۱۳): قال في الشرائع: (لو ألقى صبياً في مسبعه أو حيواناً يضعف عن الفرار ضمن لو قتله السبع).

أقول: ومراده الصبي الحر لا العبد، لأن العبد لا إشكال في ضمانه.

ولذا قال في القواعد: (ولو نقل صبياً حراً إلى مضيعه فافتترسه سبع ففي الضمان إشكال) (۱).

وعن التذكرة إنه قال: لو نقل صبياً حراً إلى مضيعه فاتفق سبع فافتترسه فلا- ضمان عليه، إحاله للهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته، ولم يقصد الناقل بالنقل ذلك، وفيه إشكال، أما لو نقله إلى مسبعه فافتترسه سبع وجب الضمان لأنه قصد الإتلاف بالنقل، ففرق بينهما بقصد الإتلاف وعدمه.

لكن لا- يخفى أن الفرق المذكور غير فارق، إذ التسبب موجب للضمان وإن لم يكن قصد، بل ولو لم يكن اختيار أيضاً، كما ذكروا في كتاب الديات، وتقدمت الإشارة إليه لمثل (وجزاء سيئه) ونحوه، حيث إن الفعل سيئه وإن لم يقصد الفاعل السيئه، إذ القصد يجعل السوء والحسن فاعلياً، أما الفعل فهو سىء وحسن في نفسه، ولا ربط بين الأمرين.

وقد رد الإشكال المذكور في كلام العلامة جامع المقاصد بقوله: (وهذا الإشكال ليس بشىء بعد ما سبق في كلامه من أن الصبي إذا ألقاه في مسبعه فافتترسه السبع ضمنه، وكذا ضمانه لو تلف بسبب لدغ الحيه ووقوع الحائط على الرأى، فإن إلقاءه في مضيعه أقرب إلى توقع عله الهلاك من هذه الأخيره، والأصح الضمان فيه وفي المجنون كما سبق) انتهى.

وحيث قد عرفت أن المعيار وجود التسبب، فلا فرق في ذلك بين الصبي

ص: ۱۵۲

۱- قواعد الأحكام في معرفه الحلال والحرام: ج ۲ ص ۲۲۴. وفيه: (ولو نقل صبياً حراً إلى مسبعه...)

والمجنون وغيرهما إذا لم يكن قادراً على الفرار، لأن السبب صادق في ذلك.

أما قول التذكرة المتقدم: (إحاله للهلا-ك على اختيار الحيوان ومباشرته) فلا- يخفى ما فيه، إذ الحيوان ليس فاعلاً- بالاختيار كالإنسان، فهو كما إذا أغرى كلبه بعقر إنسان ضمن.

بل قد تقدم هنا وذكرنا في الديات أيضاً، وذكروا هم أنه لو دعاه إلى منزله فعقره كلبه كان ضامناً، فكيف بما إذا أغراه أو تركه في مكان يأكله السبع، ولو كان الأكل غير مقطوع به، فيما يراه العرف سبباً الموجب لشمول أدله السبب له.

ولذا قال في الجواهر: (نعم لا يضمن الكبير الذى يمكنه التحرز عادةً باتفاق إتلاف السبع له، لأن ذلك لا يعد سبباً فى حقه، وإنما وقع بالاتفاق) انتهى.

ومن ذلك يظهر أنه لا وجه فى الفصل بين الكبير والصغير بما هما، وإنما المعيار إمكان التحرز وعدمه، فربما كان صغيراً يمكنه التحرز، وربما كان كبيراً لا يمكنه التحرز، فالكبير والصغير فى كلامهم من باب المثال.

وكيف كان، فما نقل عن الشيخ فى مبسوطه من عدم ضمان الصبى الحر إذا ألقاه فى مسبعه معللاً له بأن الحر لا يدخل تحت اليد، غير ظاهر الوجه، ولذا أشكلوا عليه بعدم انحصار الضمان باليد، إذ كما ذكرنا فى أول هذا الكتاب أن الضمان قد يكون باليد، وقد يكون بمباشره الإتلاف، وقد يكون بالتسيب، وهنا من التسيب.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المحقق الرشتى حيث دافع عن الشيخ بقوله: (إن هذا الجواب الذى أجابوا به عن الشيخ لا مساس له بكلام الشيخ

والعلامه، لأنهما يدعيان عدم تحقق التسبيب، ولذا خص الكلام بالصبي) انتهى.

إذ فيه مع التصريح بالعله، كما ذكره الجواهر وغيره في كلام الشيخ، لا وقع لجواب الرشتي عن الجواب.

وحيث قد عرفت أن المعيار على التسبيب، فلا فرق بين جعل سبع عند الإنسان، أو إلقاءه عند السبع، أو إلقاءه في البحر، أو إلقاءه عقرب أو حيه عليه، أو الذهاب به إلى مكان العقارب والحيات، أو الإلقاء به في مكان أحاطت به النار مما يحترق، أو ما أشبه من الأسباب العرفيه الموجهه لدخول العمل في التسبيب.

بل وكذا الحال إذا ذهب به إلى مسبعه فخاف مما سبب موته، فإنه هو السبب أيضاً، وكذلك إذا استمع صوت الأسد، أو فحيح الحيه، أو ما أشبه فانخلع قلبه ومات خوفاً.

بل قد ورد في حديث إعطاء علي (عليه السلام) من قبل الرسول (صلى الله عليه وآله) ديه خوف النساء(١)، حيث قتل خالد بن الوليد بعض الرجال فخنن النساء، في ذيل قوله سبحانه وتعالى: (ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلم لست مؤمناً)(٢) الآية، وإن كان ذلك ليس محل شاهد كلامنا هنا، وإنما ذكرناه لبيان أن التخويف أيضاً سبب للضمان حسب هذه الروايه، وإن لم أجد المشهور يقولون به من باب السالبه بانتفاء الموضوع، وقد ألمعنا إلى ذلك في كتاب الديات.

ص: ١٥٤

١- كما في البحار: ج ٢١ ص ١٤١ و ١٤٢

٢- سورة النساء: الآية ٩٤

ثم إن ما ذكرناه من كلام الشيخ في المبسوط على ما نقله مفتاح الكرامه والجواهر وغيرهما ينافى ما نقله المسالك عنه، حيث قال: هذا إذا لم نقل بقول الشيخ إن موت الصبي المغصوب بسبب يوجب ضمان الغاصب مطلقاً، وإلا ضمن هنا بطريق أولى، إذ يظهر منه أن الشيخ له قولان في المسألة، قول هناك بالضمان، وقول هنا بعدم الضمان، ولا يخفى ما بينهما من التعارض.

أما إذا ألقى كبيراً في مسبعه يمكنه التحرز بصعود نخله أو إطلاق رصاص على السبع أو ما أشبهه، ثم رأيناه بعد مده وقد قتل، فلم نعلم أنه لم يحترز عن السبع غروراً حتى افترسه، أو لم يحترز عنه ضعفاً مما شك بسببه في كون هذا الإنسان الملقى هل هو سبب أم لا، فقد سبق في بعض المسائل أن الأصل عدم السببيه فلا ضمان، وكذا في أمثاله.

والمراد بافتراس الأسد ونحوه أعم من قتله، أو من نقص عضو منه، أو سبب مرض له أو ما أشبهه، لأن الملاك في الكل واحد كما هو واضح.

(مسأله ١٤): قال فى الشرائع: (لو غضب شاه فمات ولدها جوعاً، ففى الضمان تردد، وكذا لو حبس مالك الماشيه عن حراستها فاتفق تلفها، وكذا التردد لو غضب دابه فتبعها الولد).

وقال فى القواعد: ولو غضب شاه فمات ولدها جوعاً، أو حبس المالك عن حراسه ماشيته فاتفق تلفها، أو غضب دابه فتبعها الولد، ففى الضمان نظر.

ونقل النظر فى مفتاح الكرامه عن (التحرير والإرشاد والكفايه والإيضاح، لأنه لا ترجيح فى الإيضاح لأحد الاحتمالين، وكذا التذكرة لأنه استشكل فى الفرع الثانى، ولم يذكر الآخرين).

قال: (ولم يذكر اللغه إلاّ الأ-خير من دون ترجيح، وقرب فى الدروس فى الضمان، وفى الروضه: إنه أقوى. وفى غايه المراد: النظر فى هذه الثلاثه ينشأ من عدم الاستقلال، فلا يتحقق الغضب، ومن أنه سبب فى إتلافها، إذ لولاه لم يتحقق التلف، وإن كان لعله أخرى خارجه، أى والضمان ليس منحصرأ فى الغضب، ونحوه ما فى جامع المقاصد والمسالك، ثم قال: والأولى أن يقال منشأ النظر الشك فى كونه سبباً فى التلف وعدمه لانتفاء المباشره للإتلاف والغضب) (١) انتهى.

أقول: الظاهر الضمان، لأنه سبب عرفاً، فيشملة أدله السبب.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر: (إنك قد عرفت كون السبب هو ما دلت عليه النصوص المزبوره، أو ألحق به لإجماع ونحوه، وما عداه فالأصل براءه الذمه من الضمان به، فالمتجه عدم الضمان حينئذ فى المسائل المفروضه بعد فرض الشك فى السببيه الشرعيه بالمعنى الذى ذكرناه، ولا يجدى كونها أسباب عرفيه أو مشابهه لما فى النصوص مما ذكر فيها الضمان به بعد حرمة القياس عندنا، وعدم الإجماع على الإلحاق، وعدم دلالة عرفيه فى النصوص

ص: ١٥٦

على وجه يندرج فيها) انتهى.

ولا بأس بكلام المحقق الرشتي في المقام، حيث فصل في المسألة قائلاً:

(لو فرض انحصار سبب الرضاع في مصاحبه الأم بأن كان إرضاع الطفل مع غضب الأم متعذراً ولو من الخارج، كان الغضب كحفر البئر في كونه إيجاباً لملزوم العله، إذ المفروض عدم استناده حينئذ إلا إليه، لأن بقيه أسباب الشبع كانت معدومه، فلا تصلح لإسناد عدم الجوع المتقوم بالارتضاع من الأم إلى تلك الأسباب، فنقول: إن هذا الجوع الشخصي المفروض يقوم عدمه بخصوص مصاحبه الأم نسبتته إلى غضب الأم كنسبه الوقوع في البئر إليها من حيث استحاله وجوديهما الشخصيين بدون الغضب والبئر فتدبر. ولعل كلام الأصحاب في غير هذا الفرض، بأن كان الغضب في حال أمكن إرضاع الولد من الخارج وحينئذ فالإشكال في محله، بل الحق عدم الضمان كما أن الحق الضمان في ذلك الفرض بما قلنا) انتهى.

وإن كان في قوله: (متعذراً) و(أمكن) نظر.

ص: ١٥٧

(مسأله ١٥): قال فى الشرائع: (لو فك القيد عن الدابه فشردت، أو عن العبد المجنون فأبق ضمن، لأنه فعل فعلاً يقصد به الإتلاف، وكذا لو فتح قفصاً عن طائر فطار مبادراً أو بعد مكث ونحوه).

وفى مفتاح الكرامه: كما صرح بذلك فى الخلاف والمبسوط والغنيه والسرائر والتذكره والنافع والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه، وفى الأخير: إنه المعروف من مذهب الأصحاب، وظاهر التذكره الإجماع على الضمان فى فتح قفص الطائر سواء طار فى الحال أو بعد مكث.

وحكى فى الرياض عن المبسوط نفي الخلاف فى الثلاثه.

وعن ظاهر التذكره الإجماع فى الثلاثه.

وفى المبسوط: إنه لو أهاج الدابه فشردت، أو الطائر فطار ضمن بلا خلاف إلا من العامه.

وفى التذكره: إنه لو أهاج الطائر ضمن قولاً واحداً، وفى حكم خروج الطائر وثوب الهره، ولو أفسد الطائر وغيره شيئاً بخروجه ضمنه، لأن فعل الطائر منسوب إليه انتهى.

أقول: يدل على كل ذلك بالإضافة إلى الإجماع المدعى، وفى الجواهر بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك، أن كل تلك الأمور من مصاديق السبب الذى اصطيد من الأخبار المتقدمه، بل والآيات السابقه مثل: (من اعتدى) (١)، ونحوها.

ص: ١٥٨

نعم أشكل في الجواهر في فعل الطائر قال: (لا يخلو من نظر خصوصاً في مثل إتلاف الدابة بعد الفك في بعض الأحوال، ضروره إمكان منع السببيه الشرعيه) انتهى.

لكن يمكن أن يقال: إن الموارد مختلفه، ففي بعض الموارد ينسب فعل الدابه والطائر ونحوهما إلى السبب، وفي بعض الموارد لا ينسب إليه، كما إذا أطلق الدابه عن وثاقها فهربت إلى الغابه وبعد سنه مثلاً أفسدت شيئاً، فإنه لا يقال: إن هذا هو السبب، كما أن الأب الذي يولد المجنون إذا فعل المجنون شيئاً بعد عشرين سنه من الولاده مثلاً لا يقال إن الأب سبب.

ولو كانت الدابه في حال فك قيدها بنفسها فساعدتها بما لو لم يساعدها هربت أيضاً، فهل هو ضامن باعتبار أنه هو الذي فعل ذلك، أو ليس بضامن لأن الشيء الذي أفسدته الدابه كان يفسد، سواء فك القيد أو لم يفك، الظاهر الضمان، لأنه السبب، فهو مثل ما إذا قتل إنساناً كان مشرفاً على الموت فلا يقال إنه كان يموت سواء قتله أو لم يقتله.

وكذلك إذا كسر آنيه في وقت نزول الثلج من السماء بحيث إنه لو لم يكن كسرهما كسرتة الثلوج المتساقطه، فإنه هو السبب، وكذلك إذا أحرق ثوباً قريباً من النار بحيث إنه لو لم يحرقه لاحترق بعد لحظات لقرب النار منه.

ومثل ما تقدم الحال فيما لو أهاج الدابه فأفسدت شيئاً بلا شروط، أو الطائر فأفسد شيئاً، فهو مثل إغراء الكلب، حيث إنه ضامن لما أتلفه لقاعده (من أتلف) وما أشبه مما تقدم.

قال في مفتاح الكرامه: ولو تلفت هذه الثلاثه بغير الجبهه التي هي فعل

السبب كأن مات الطائر أو العبد المجنون أو الدابة فلا ضمان لعدم مدخلية السبب وعدم وضع اليد الموجب للضمان.

وتبعه الجواهر في ذلك.

ولو أطلق الدابة مثلاً ففعلت ما يوجب أجره لصاحب الدابة، كما إذا سفد الذكر الأنثى والسفاد يوجب أجراً لصاحب الدابة، فالظاهر أن الفاك ضامن للأجره، ولا شيء على من سفدت دابته، إذ لم يأمر بذلك، فهو كما إذا كنس إنسان دار إنسان آخر حيث لا شيء على الإنسان المكنوس داره، نعم ذكرنا في بعض المسائل عدم بعد اشتراك الطرفين في النتاج.

أما لو سبب الفاك سمن الدابة أو ما أشبهه من المنافع المتصلة أو المنفصلة، فلا يبعد أن يكون الغاصب الفاك شريكاً للمالك، لأنه حصل من سعيه، ولكل امرئ ما سعى.

قال سبحانه: (وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى) (١١).

وفي كتاب التجاره في باب جواز بيع الأ-صول، عن هارون بن حمزه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجدوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع، فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال: «له الحمل يصنع به ما شاء، إلا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه» (٢).

وفي روايه أخرى: «إلا أن يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه» (٣).

ص: ١٦٠

١- سورة النجم: الآية ٣٩

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ١

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ٢

كما يؤيده ما رواه المستدرک، فی نوادر ما يتعلق بأبواب كتاب الغضب، عن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه قال في الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه، قال: «ما عمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشيء، وما نقص فهو على الغاصب» (١).

هذا كله من غير فرق بين أن يكون فك القيد عن الدابة أو عن العبد فشردت وأبق أو ما أشبهه، عن عدوان أو عن عدم اطلاع وعلم، ولو ظن أن الدابة والعبد والطائر لنفس الفاك.

أما إذا كان ذلك من جهة شرعي، كما أن الدابة إذا كانت تموت إذا لم تفك، والعبد المجنون كان تلدغه الحية أو يأكله السبع مثلاً، أو الطائر يموت في القفص، فإن له الحق في أن يفعل كل ذلك، ولا ضمان عليه إذا لم يمكن جمع بين الحقيين، كأن ينقل الدابة من هذا المكان إلى مكان آخر مقيده، أو ينقل الطائر إلى مكان فيه ماء وعشب ويجعل القفص في ذلك المكان، حيث يتناول الطائر الماء والحب وما أشبهه، إلى غير ذلك.

وذلك لأن معنى الإذن الشرعي بل الوجوب أنه غير ضامن، لا أنه يستدل لذلك بـ (ما على المحسنين) (٢)، إذ قد تقدم أن (ما على المحسنين) لا يدل على عدم الضمان في كل مورد.

لا يقال: الدابة تفوت على المالك، سواء ماتت أو شردت.

لأنه يقال: لا يجوز إلقاء الدابة حتى تموت.

ص: ١٤١

١- المستدرک: ج ٢ ص ١٤٧ الباب ٥ من أبواب الغضب ح ٣

٢- سورة التوبة: الآية ٩١

وكذا الإنسان والطائر وما أشبهه، كما يستفاد من روايات الرفق بالحيوان، بل يمكن أن يقال: بضمان ديه العبد إذا لم يفكه حتى مات، لأنه السبب عرفاً في موته.

ويؤيده ما رووه في كتاب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، عن عيسى (عليه السلام) ما مضمونه: إن تارك الجريح كالجارح (١).

ومارواه الجعفریات، بإسناده إلى علي (عليه السلام) قال: «قضى في الرجل استسقى أهل أبيات شعر ماء فلم يسقوه حتى مات، فضمنهم علي (عليه السلام)» (٢).

وعن دعائم الإسلام، عن أمير المؤمنين (عليه السلام): «إنه قضى في رجل استسقى قوماً فلم يسقوه وتركوه حتى مات عطشاً بينهم وهم يجدون الماء، فضمنهم ديته» (٣).

على ما رواهما المستدرک في نوادر ما يتعلق بأبواب موجبات الضمان.

ثم إنه قال الشرائع بعد حكمه المتقدم: (ولا كذا لو فتح باباً على مال فسرق، أو زال قيداً عن عبد عاقل فأبق، لأن التلف بالمباشره لا بالسبب).

بل في الجواهر: (لم أجد خلافاً في الأول منهما، وإن أشعر به نسبته إلى المشهور في الكفايه، إلا أنا لم نتحققه، بل لعل الثاني أيضاً كذلك).

قال في مفتاح الكرامه: (أما أنه لا يضمن فيما لو فتح باباً على مال فسرق، فقد صرح به في النافع والتذکره والتحرير والإرشاد والتبصره والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفايه)، ثم قال: (ووجهه أنه لم

ص: ١٦٢

١- الوسائل: ج ١١ ص ٤٠١ الباب ٢ من أبواب الأمر والنهي ح ٥

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢٧٣ الباب ٣٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٤

٣- المستدرک: ج ٣ ص ٢٧٣ الباب ٣٤ من أبواب موجبات الضمان ح ٦

يوجد منه إثبات اليد على مال ولا مباشره إتلاف ولا سبب يمكن تعليق الضمان به).

أقول: مقتضى القاعده الضمان فى تلك المسألتين، أى فتح الباب وإزاله قيد العبد العاقل.

فعن الدرّوس: (ولو فتح باباً على عبد محبوس فذهب فى الحال ضمنه عند الشيخ، ونقل عن كل العامه عدم الضمان، ولا فرق بين كونه عاقلاً أو مجنوناً، أبقاً أو غير آبق، بالغاً أو صبيّاً) انتهى.

وعن العلامه فى التذكره قيد العبد المذكور بما إذا لم يكن آبقاً، فإذا كان آبقاً كان فى الضمان إشكال.

وعن جامع المقاصد والكفایه التقييد بما إذا لم يكن آبقاً، ولم يذكر الإشكال الذى ذكره التذكره.

وعن الرياض، عن خاله الأستاذ الشيخ محمد باقر (رضى الله تعالى عنهما) إنه قال بالضمان، أو مال إليه فى مسأله فتح الباب، لأن قوه المباشر لا ترفع الضمان عن السبب بعد وجود ما يقتضى ضمانه أيضاً، وهو نفى الضرر والإضرار، فلا يمتنع الحكم بضمانهما معاً، فيتخير المالك فى الرجوع على أيهما شاء، كما هو الشأن فى الأيدى المترتبه على الغصب.

ثم قال الرياض: لولا الإجماع الظاهر المعتضد بالأصل لكان القول بالضمان فى غايه القوه.

والظاهر لزوم القول بالضمان بعد أن لم يكن إجماع محقق فى المسأله، ولو فرض وجود الإجماع لكان محتمل الاستناد، كما ظهر منهم من استنادهم إلى الأصل ونحو، وذلك لأن العرف يرى كلا الشخصين سبباً،

فيشملة: (من اعتدى) (١١)، و(جزاء سيئه) (٢) وما أشبهه، بل يأتي هنا ملاك من دعى غيره إلى داره فعقره كلبه، لأن الداعى والآتى كلاهما سبب، وملاك ضمان الطبيب والبيطار، فإن كل واحد من المريض الشارب والطبيب والمباشر للمريض المستعمل للدواء سبب عرفاً.

وفى الجواهر بين وجه إشكال التذكرة بقوله: (من حيث استناد فعله إليه، فكان مباشراً ومباشرته معتبره لأنه عاقل، ومن حيث إن المالك قد اعتمد ضبطه بإطلاقه إتلاف عليه فكان كحلّ المجنون والدابه، فلا شك في صدق السببيه، وليس هناك مباشر يمكن أخذ الحق منه، وكونه قادراً على التحفظ مع عدمه لا- ينفع، وهذا أقوى لمكان التسيب، كما يأتي في غضب الحر مع صدق التصرف في أموال الغير، ولأنه بهذه العاده قد أشبه الدابه ونحوها)، ثم قال: (وفيه: إنه مناف لقاعده تقديم المباشر على السبب).

أقول: ما ذكره من المنافاه غير ظاهر الوجه، إذ تقديم المباشر على السبب ليس نصاً، وإنما مستفاد من الأدله، وقد عرفت أن مقتضاها ضمان كليهما كما ذكره الرياض وخاله، ولذا قال الجواهر أخيراً: (وقد يستأنس للضمان بما ورد من الضمان بإطلاق الغريم)، والظاهر أنه أشار بذلك إلى ما رواه حريز، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل قتل رجلاً عمداً فوقع إلى الوالى، فدفعه الوالى إلى أولياء المقتول ليقتلوه، فوثب عليهم قوم فخلصوا القاتل من أيدي الأولياء، قال (عليه السلام): «أرى أن يحبس الذى خلص القاتل من أيدي

ص: ١٦٤

١- سورة البقره: الآيه ١٩٤

٢- سورة الشورى: الآيه ٤٠

الأولياء، حتى يأتوا بالقاتل»، قيل: فإن مات القاتل وهم في السجن، قال: «وإن مات القاتل فعليهم الدية، يؤدونها جميعاً إلى أولياء المقتول»^(١).

بل وربما يؤيده أيضاً ما ورد: من أن الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) طلب إنساناً كان قد فعل حراماً، ولما جاء بعض شرطه الإمام بذلك الإنسان أطلقه شخص آخر، حيث إن الإمام أراد عقوبه الذي أطلقه لولا أنه درها بحسنه.

بل ربما يستأنس له أيضاً بما ورد في حكم من مضى ليغيث مستغيثاً فجنى في طريقه^(٢)، وأن الجنايه على المستغيث كما ذكره الوسائل في كتاب الديات، فتأمل.

قال في الشرائع: (وكذا لو دل السارق) أي لا ضمان.

أقول: قد اختلفوا في ذلك، فظاهر المشهور أنه لا ضمان.

وفي مفتاح الكرامه: إنه (خير النافع والتذكرة والدروس وغايه المراد وجامع المقاصد والمسالك.

وفي الكفايه: إنه المشهور.

وفي المسالك: إنه ظاهر الأصحاب^(٣).

لكن عن الإرشاد أنه يضمن، وعن المقدس الأردبيلي أنه قال بالضمان، أو مال إليه.

وفي التحرير استشكل في عدم الضمان.

ثم قال: (الكل قد عولوا على الشهيد، وقد عرفت أن المصرح بالعدم قبله اثنان لا ثالث لهما، بل أحدهما في أحد أقواله. نعم قد يظهر ذلك من فخر الإسلام... فكان قول الأستاذ بالضمان في هذه

ص: ١٦٥

١- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٤ الباب ١٦ من أبواب قصاص النفس ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ١٩٧ و ١٩٨ الباب ٢٨ من أبواب موجبات الضمان ح ١

٣- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٥٨ ط الحديثه

الصورة أيضاً كما في الإرشاد غير مخالف للإجماع، كما استظهره ابن أخته، ولو كان الحكم بالعدم إجماعياً لجزم به في الدروس وما قال علي الأقوي(١)، إلى آخر كلامه.

وفي الجواهر: إن قاعده تقديم المباشر على السبب المعلومه عندهم تقتضى كون الضمان على السارق.

لكن فيه: ما عرفت من أنه لا دليل بهذا اللفظ، وإنما الأدله الآيات والروايات التي اصطيدت منها هذه القاعده، فالمرجع هي لا القاعده المصطيده، ولا فرق في قوله سبحانه: (وجزاء سيئه)(٢) و(من اعتدى) والروايات المتقدمه بين نفس السارق وبين من دل السارق، وأولى منه لو دل السبع على إنسان فافترسه، أو دل السلطان على ذى مال فاغتصبه أو ما أشبه ذلك، فإن مقتضى القاعده الضمان فى الكل، وأن المالك مخير فى الرجوع إلى السارق أو الدال، والسلطان أو الدال، إلى غير ذلك من الأمثله.

نعم لو دل إنساناً على امرأه عفيفه فزنى بها، لم يكن على الدال المهر، لأصالة العدم بعد كون الأدله تدل على أن المهر على الواطى لانتهاكه البضع.

ومثله ما لو خدع إنساناً فأتى به إلى سارق أو إلى غاصب أو إلى سبع أو ما أشبهه، حيث إن الأدله العامه والملاك فى الروايات المتقدمه يشمل كلتا طرفى المسأله، وكذلك الحال إذا خدع إنساناً بأن البحر غير عميق فدخل فيه وهو لا يعرف السباحه فغرق، أو خدعه بأن المكان خال عن الأسد والسبع واللص فدخله فافترسه الأسد أو قتله قاتل أو سرق ماله السارق، فإن فى كل هذه

ص: ١٦٦

١- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٥٩

٢- سورة الشورى: الآيه ٤

الصور مقتضى القاعده الضمان، بل يشمله أيضاً دليل الغرور على ما تقدم، فتأمل.

وفى المسالك بعد مسأله دلالة السراق قال: (ولا إشكال فى ضمانه لو كان مستأماً على المال، فإنه يضمن من حيث التفريط فيه، وإن تخير المالك فى الرجوع عليه وعلى المباشر) وهو كما ذكره.

قال فى الشرائع: (ولو أزال وكاء الظرف فسأل ما فيه ضمن إذا لم يكن يحبسه إلاّ الوكاء، وكذا لو سأل منه ما ألان الأرض تحته فاندفع ما فيه ضمن، لأن فعله سبب مستقل بالإتلاف، أما لو فتح رأس الطرف فقلبته الريح أو ذاب بالشمس ففى الضمان تردد، ولعل الأشبه أنه لا يضمن، لأن الريح والشمس كالمباشر فيبطل حكم السبب) انتهى.

قال فى الجواهر: فى المسأله الأولى بلا خلاف، كما عن البسوط والسرائر، بل ولا إشكال مع فرض كونه مطروحاً على الأرض ضروره كونه مباشراً للإتلاف أو بحكمه.

أقول: لا- حاجه إلى فرض كونه مطروحاً على الأرض، إذ إنه مباشر للإتلاف أو بحكمه فى كلتا الصورتين، وكذلك الحال فيما لو أزال وكاء الظرف فتبخر ما فيه كما فى بعض الأشياء التى تتبخر بإزاله الوكاء كالغاز ونحوه.

وقال فى الجواهر فى المسأله الثانيه فيما لو ألان الأرض تحته: (بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، لأن فعله سبب مستقل بالإتلاف، إذ السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من الفتح، وهو مما قد يقصد به ذلك، ولعله

بمعونه فتوى الأصحاب ملحق بالمستفاد من النصوص السابقه أو يندرج فيها).

أقول: قد عرفت أن إطلاقات الأدله وملاكاتهما تشمل مثل ذلك أيضاً، فلا حاجه إلى معونه فتوى الأصحاب كما ذكره.

قال فى القواعد: ولو فتح رأس زق فقلبتة الريح الحادته وسقط، أو ذاب بالشمس فى الضمان إشكال، ينشأ من ضعف المباشر، ومن أنه لا يقصد بفتح الزق تحصل الهبوب.

وقال فى مفتاح الكرامه: (قد استشكل أيضاً فى الإرشاد والتحرير، وفى الكفايه إنه أقرب فى صورته انقلابه بالريح، ولا ترجيح فيها فى صورته إذابه الشمس، وفصل فى المبسوط فحكم بعدم الضمان بحدوث الريح وقلبه له نافيةً عنه كابن زهره فى الغنيه الخلاف وبالضمان فى اشراق الشمس عليه)، إلى آخر كلامه.

وعن التذكرة فى الفرق بين الهبوب والشمس قائلاً: (لأنها مما يعلم طلوعها فىكون الفاتح له معرضاً ما فيه للشمس، بخلاف هبوب الريح الذى هو غير منتظر ولا متوقع، فالهلاك حينئذ لم يحص بفعله، وليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض، ففعله غير ملجئ، والأمر الحادث مباشر فلم يتعلق الضمان بفعله، فكان كما لو فتح الحرز فسرق غيره أو دل سارقاً فسرق) انتهى.

وأنت خبير بأن مقتضى القاعده الضمان فى كلا المكانين، لأن هذا هو السبب الذى يشملته: (من اعتدى) (١)، سواء قصد أو لم يقصد، إذ قد تقدم

ص: ١٤٨

فى أول الغضب أن الاعتبار ليس بالقصد، وإنما بإسناد الفعل إليه، فإن كان قاصداً فعل حراماً بالإضافة إلى ذلك، وإن لم يكن قاصداً كان عليه الضمان، إذ الضمان حكم وضعى تابع لإسناد التلف إليه.

ولا إشكال فى إسناد التلف عرفاً، ولذا كان المحكى عن الفخر فى شرح الإرشاد، وغايه المراد والدروس وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والمسالك الحكم بالضمان، لأن فعله سبب تلفه.

ومنه يعلم أن انتصار الجواهر للشرائع بقوله: (للشك فى السببيه المزبوره شرعاً على وجه يترتب عليها الضمان، خصوصاً بعد عدم تعارف قصد الإلتاف بالفتح بتوقع الهبوب والأصل البراءة)، إلى أن قال: (لأن المدار على السبب الشرعى المستفاد من النصوص المزبوره، أو ما يلحق به بإجماع ونحوه، والمقام ليس كذلك، خصوصاً فى مثل حدوث الريح الذى جزم بعدم الضمان فيه فى محكى المبسوط)، إلى آخر كلامه محل إشكال لوضوح أنه لولا الفتح لما ضاع ما فيه.

ولذا يسند العرف ذلك إليه، وما ذكره التذكرة من الفرق غير ظاهر الوجه، إذ التوقع وعدم التوقع وما أشبه لا مدخلية لها فى الضمان وعدمه، بعد كون الضمان بسبب صدق «من أتلف» عليه، فإنه متلف لما فى الزق ونحوه.

ولذا قال فى المسالك: والوجه الضمان فى الجميع.

ثم قال المسالك: (ويأتى الوجهان فيما إذا أزال أوراق الكرم وجردها عنها عنقودها للشمس حتى أفسدتها، ولو فرض فى الجامد مجيء آخر فقرب منه ناراً حتى ضاع وذاب، فوجهان، أحدهما أنه لا ضمان على أحدهما).

أما الأول: فلأن مجرد الفتح لا يقتضى الضمان.

وأما الثانى: فلأنه لم يتصرف فى الطرف ولا فى المظروف، وأظهرهما وجود الضمان على الثانى، لأن تقرب النار منه تصرف فيه بالتضييع والإتلاف) انتهى.

لكن اللازم القول بضمانهما، فهو مثل مسأله من حفر بئراً ووضع الآخر حجر عثره قرب حافه البئر، إلى غير ذلك من الأمثله، وقد تقدم فى تلك المسأله ضمانهما، فإنه لولا الفتح لم يضع، ولولا تقرب النار لم يضع، وإنما ضاع بسبب الأمرين.

ومنه يظهر وجه قول المسالك بعد ذلك: (والوجهان جاريان فيما إذا كان رأس الزرق مفتوحاً فجاء إنسان فقرب منه النار، والأصح هنا ضمان المقرب أيضاً، ولو حل رباط سفينه فغرقت بالحل ضمن كمسأله الطرف، فإن غرقت بسبب حادث من هبوب الريح أو غيره فالوجهان).

أقول: الوجه فى الجميع الضمان كما عرفت، ومثله ما لو فتح أحدهما رباط السفينه وجاء آخر فدفعها إلى وسط البحر مما سبب الغرق، فإن كليهما ضامنان لاشتراكهما فى المسبب، وكذا ضمانهما لو فرض أن أحدهما فتح رأس الزرق وجاء آخر فأسقطه.

وفى الجواهر: (ولو فرض مجيء إنسان فأسقطه فلا شبهه فى كون الضمان عليه، لأنه مباشر أو كالمباشر فى القوه من الأول، بل الظاهر ضمان الأخير فيما لو فتح رأسه وأخذ ما فيه فى الخروج ثم جاء آخر ونكسه، وإن احتمل اشتراكهما فى ضمان الخارج بعد النكس، إلا أن الأول أصح، ضروره كون

الثانى المباشر أو بحكمه) انتهى.

وفيه: إن مقتضى القاعده الاشتراك، لأن كل واحد جزء سبب، فلولا فتح الأول لم يرق، كما أنه لولا إسقاط الثانى له وتنكيسه لم يرق أيضاً.

ولو قال إنسان لآخر: إن ما فى الزق جامد ففتح رأسه فأريق ما فيه، كان الضمان على الغار، لما عرفت فى مسأله الغرور.

ولو وضع أحدهما الشوك فى طريقه فدعاه آخر فانجرت رجله وما أشبه ضمن أيضاً، لأن كليهما سبب لهذا المسبب ولا أولويه.

وكذلك الحال لو جاء أحدهما بكلبه العقور ودعاه آخر، فإن كليهما سبب، إذ لو لا الكلب لم يعقر، ولو لا الدعوه لم يعقر، إلى غير ذلك من الأمثله.

والحاصل: إن المعيار رؤيه العرف السببيه، وشمول من أتلّف و(جزاء سيئه) (١١)، و(من اعتدى) (٢) وما أشبه من الأدله السابقه.

نعم لو شك فى مورد فى الضمان كان الأصل عدم الضمان.

ولذا قال فى الجواهر: (بعدم الضمان فيما إذا لم يعلم أصل كون التلف به، كما لو وجد دابه مثلاً ميته فى البئر المحفوره عدواناً، ولم يعلم أنها ماتت فى الخارج ثم رميت به أو بترديها به، أما لو علم مدخليته فى التلف ولكن لم يعلم مباشره غيره معه على وجه يرتفع الضمان معها، فقد يتوهم الحكم بضمنان ذى السبب حينئذ لأصالة عدم الغير، لكن لا يخفى عليك أنه من الأصول

ص: ١٧١

١- سورة الشورى: الآيه ٤

٢- سورة البقره: الآيه ١٩٤

(مسأله ١٦): قال فى الشرائع: (ومن الأسباب) أى الأسباب الموجبه للضمان على نحو ضمان الغصب (القبض بالعقد الفاسد) انتهى.

وذلك كعقد البيع ونحوه من العقود الموجبه لانتقال الضمان إلى القابض.

وفى مفتاح الكرامه: كما هو المعروف من مذهب الأصحاب كما فى الكفايه.

وفى المسالك: إنه موضع وفاق، وبالضمان صرح فى المقام التذكره والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد.

وفى الجواهر: بلا خلاف أجده فيه.

أقول: نعم عن المقدس الأردبيلى التأمل فى ذلك، قال: لأن دليله القاعده المشهوره، وهى أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس، وقال: إن ذلك غير واضح، وكذا «على اليد ما أخذت».

أقول: أما قاعده ما يضمن، حيث إنها قاعده مصطيده يجب أن نرجع إلى مدركها، وحيث إن الكلام فى هذه القاعده وفى عكسها محله كتاب البيع، كما ذكره الجواهر والمكاسب للشيخ الأنصارى وغيرهما، فلندع الكلام فيها إلى هناك.

وأما الأدله الأخر التى استدلت بها لهذا الحكم، فهى كافيه لقول المشهور، مثل «على اليد ما أخذت»^(١)، و«من أئلف مال الغير فهو له ضامن»^(٢)، ومثل الروايه المرويه متواتراً: «واحترام ماله كاحترام دمه»^(٣).

ص: ١٧٣

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ من كتاب العاريه ح ١٢

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٨ من كتاب العاريه ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٩ ص ١٠ من كتاب القصاص فى النفس ح ٣

وقد قربه المحقق الرشتي بقوله: (إن بناء المعاوضه على إقدام المتعاقدين على إدخال العوضين في ضمانهما، فالبائع مقدم على إدخال الثمن في ضمانه والمشتري على إدخال المبيع، فلم يتحقق ما يرفع قاعده احترام مال المسلم مع فساد العقد في الواقع، فالاستناد إلى الإقدام يرجع حقيقه إلى الاستدلال بقاعده الاحترام مع رفع توهم تراضيهما على عدمها، فإن القبض بالعقد الفاسد ولو مع العلم لا يندرج تحت الأيادي المرفوع عنها الضمان، لأن رفع الضمان إما يحصل بإذن الشارع وعدمه معلوم في المقام، وإما من المالك فكذلك، وتوهم أن الإقباض مع العلم بأنه لا يسلم له العوض تسليط على ماله مجاناً، واليد المتفرعه على مثل هذا ليست ضامنه، جوابه أنه إن أريد بأن العلم بعدم سلامه العوض شرعاً رضى منه بخروج المال عن كيسه مجاناً، ففيه: منع واضح، وإن أريد به ما لا ينافي كون التسليم مبنياً على دخول المال في ضمان المتسلم، فلا يؤثر في دفع الضمان، فإن دفع المال إلى الغير بعوض ليس تسليطاً عليه مجاناً، ولو كان العوض غير ثابت في الشرع مع علم الدافع، فلم يحصل ما يرفع حكم اليد، واحترام مال المسلم) انتهى ملخصاً.

بل يمكن أن يستدل لذلك بمفهوم صحيح زراره، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن وديعه الذهب والفضه، قال: فقال: «كل ما كان من وديعه ولم تكن مضمونه لم تلزم».

فإن مفهومها أنها إذا كانت مضمونه فهي لازمه، والمقام مضمونه، سواء علماً أو جهلاً، أو علم أحدهما دون الآخر.

ومنه يعلم أن قول الجواهر بأنه يمكن الجزم بأن القاعده وجه الإجماع غير ظاهر الوجه.

ثم لا يخفى أن مرادهم ما كان العقد فاسداً، لا ما إذا كان ركنا العقد غير صالح للملكيه كالخمر والخنزير وما أشبهه، إذ مثل ذلك ليس قابلاً للملك بالنسبه إلى المسلم حتى يتكلم حوله، فلا ضمان قطعاً.

وحيث قد ذكرنا مكرراً مسأله ما لو كان الطرفان مسلمين، أو كافرين، أو أحدهما مسلماً والآخر كافراً في متفرق الأبواب، فلا داعى إلى تكرارها هنا.

ثم قال الشرائع: والقبض بالسوم، فإن القابض يضمن.

وفى الجواهر عن الأ-كثر، بل المشهور كما فى المسالك وغيرها، خلافاً للمحكى عن موضع من السرائر والمختلف والإيضاح ومجمع البرهان، بل فى المسالك والكفايه، وهو متجه للأصل بعد كون القبض المزبور بإذن المالك فيكون أمانه كالوديعة، وقد ذكر ذلك فى مفتاح الكرامه أيضاً.

وقال فى القواعد: فى الضمان بالسوم إشكال.

وعلق عليه المفتاح بقوله: ينشأ من أنه بإذن المالك، فيكون أمانه كالوديعة والأصل البراءة، ومن أن الإذن لا تقتضى الأمانه، مع عموم قوله (صلى الله عليه وآله): «على اليد ما أخذت حتى تؤدى»^(١)، وقد قبض لمصلحه نفسه.

وكيف كان، فالأقرب هو المشهور، لقاعده اليد، وقاعده من أتلّف مال الغير^(٢)، ومفهوم الروايه السابقه.

ص: ١٧٥

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العاريه ح ١٢

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من كتاب الشهادات ح ٢

أما استدلال غير المشهور بأنه بإذن المالك فيكون أمانه كالوديعة، فيرد عليه أنه لم يكن بإذن المالك بدون ضمان، بل بإذنه بضمان.

ولذا قال في الجواهر في رده: (وفيه: منع اقتضاء ذلك عدم الضمان حتى في مثل الفرض، خصوصاً بعد الشهره على الضمان فيه، بل ربما أرسلوه إرسال المسلمات، بل المحكى عن كثير حتى المختلف والإيضاح والمسالك ومجمع البرهان التصريح بالضمان فيما إذا دفع البائع لعبد كلى موصوف عبدين للمشتري ليتخير فأبق أحدهما، إلحاقاً له بالمقبوض بالسوم إن لم يكن منه) انتهى. وقد أخذ ذلك من مفتاح الكرامه.

وبذلك يظهر وجه النظر في تقريب المحقق الرشتي عدم الضمان، حيث قال: (إن عدم الضمان لا يخلو عن قوه، لأن أدله الائتمان الواقع للضمان شامله لمثل المقام وضعاً، إذ ليس معناه قول القائل: جعلناك أميناً أو وكيلاً أو ما أشبهه، بل معناه أخذ الشخص أميناً مأموناً والاعتماد عليه، وإن لم يكن في ضمن عنوان من العقود الإذنيه)، ولذا رده (رحمه الله) بنفسه بعد ذلك بقوله: (اللهم إلا أن يدعى اختصاصها في المتصرف بغير الاستيمان المتوقع معه المعاوضه، نظراً إلى كونه في حكم الإذن بعد حصول المعاوضه) انتهى.

نعم، لا إشكال ولا خلاف في الضمان فيما إذا كان المأخوذ بالسوم قد تعدى فيه المشتري أو فرط على كل حال، كما أنه لا إشكال في عدم الضمان فيما إذا قبضه في السوم بأن لا يكون فيه ضمان إذ أتلف مثلاً، فإنه لا ضمان لانتهاك المالك احترام ماله لقبوله قول الشارط، فلا يشمل قوله: «احترام ماله كاحترام

دمه»، ولا «على اليد»، ولا «من أ تلف»، ولا غير ذلك من الأدله العامه.

ثم المراد بالسوم: الشراء، تشبيهاً له بالسوم فى الغنم السائمه، لمشابهه تأمل المشتري ونظره وتفكره فى وجوه خسران الشراء ومنافعه بحركه الدابه شيئاً فشيئاً على وجه التأنى والبطء فى تحصيل الرزق والعلوفه، ولذا يطلق إلى النظر السوم.

قال الشاعر:

ولقد نهزت مع الغواه بدلوههم

وأسمت سرح اللحظ حيث أساموا

وبلغت ما بلغ امرئ بشبابه

فإذا عصاره كل ذاك آثام

والباء فيه بمعنى اللام للغايه أو للسببيه، كقولك: المقبوض بالبيع وبالصلح ونحوه، تنزيلاً للشراء المتوقع بمنزله المحقق.

وكيف كان، فقد قال فى الجواهر تبعاً لغيره وتبعه غيره: (ومنه يعلم عدم اختصاص الحكم بالمقبوض للشراء المعبر عنه بالسوم، بل المراد منه الأعم من ذلك، وهو كل مقبوض ليكون مضموناً عليه حينئذ، فيندرج فيه قبض المرأه المال ليكون مهراً، والرجل ليكون عوض خلع ونحو ذلك، لاتحاد المدرك فى الجميع) انتهى.

وهو كما ذكره، لأن الأدله السابقه كلها آت فى أمثال ذلك كله.

قال فى الشرائع: وكذا استيفاء المنفعه بالإجاره الفاسده سبب لضمان المثل.

أقول: وذلك للأدله المتقدمه، كعلى اليد، ومن أ تلف، واحترام ماله، وغير ذلك، بل يشملها قاعده ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده، وإن كان قد عرفت الإشكال فيها فى المسأله السابقه من جهه عدم كونها دليلاً مستقلاً، إلا

ص: ١٧٧

أن يدعى الإجماع على ذلك كما ادعوه، ولم يعلم استنادهم فيها إلى الأدلة المذكوره.

وقد نقل مفتاح الكرامه الضمان في استيفاء المنفعة بالإجاره الفاسده، عن الإرشاد والتذكره والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والدروس، ثم قال: (بأجره مثلها كما في الستة الأول، ولعله المراد من الأخيرين، ويحتمل أن يكون أراداً أقل الأمرين من هذا ومن المسمى).

ولذا قال في الجواهر: (أو الأقل من أجره المثل ومن المسمى، بلا خلاف أجده فيه) انتهى.

لكن من المحتمل لزوم أجره المسمى مطلقاً، سواء كانت أقل أو أكثر أو مساوياً، حيث إن الإجاره لما فسدت كان اللازم بدليل «على اليد» و«من أ تلف» وأصله احترام مال المسلم، وغيرها الشيء المقابل له واقعاً، وحيث قد ذكرنا المسأله في كتاب الإجاره فلا داعى إلى تكرارها.

وقد ظهر بذلك أن استيفاء المنفعة الموجب للضمان لا يختص بالإجاره الفاسده، بل حال غيرها في ذلك حالها، كما إذا استوفت منفعة المهر في النكاح الفاسد، ومنفعة عوض الخلع الفاسد، ومنفعة الشيء في الصلح الفاسد إلى غير ذلك، لوحده الملاك في الجميع.

وإلى ذلك أشار المحقق الرشتى بقوله: (ليس في عنوان شيء من الأدله خصوص القبض بالسوم، بل هو مذكور في كلامهم مثلاً للقاعده، وهى كل قبض مرجو معه المعاوضه أو شبهها) انتهى.

بل ينبغي أن يكون الأمر كذلك فيما إذا سكن وقفاً ليس له سكناه، سواء

كان تحريراً كالمسجد إذا سكنه بعنوان الدار والدكان وما أشبهه، أو وقفاً ذرياً أو وقفاً خاصاً كالحسينيه والمدرسه والمكتبه وما أشبهه، فإن اللازم أن يعطى قدر إيجارها.

ثم لا- يبعد أن لا- يكون للقبض مدخلية، بل الأمر كالقبض، كما إذا أمر المشتري البائع أن يضع المتاع فى مكان خاص فوضعه حسب أمره، وكذلك إذا أمره بأن يعطيه لطفل أو يرسله بيد حيوان أو آله أو يعطيه بيد خادمه أو ما أشبهه فتلف، فإنه ضامن لقاعده احترام المال، بل «من أتلف» يشمل أيضاً باعتبار السببيه.

نعم لا يشمل اليد إلا إذا كان استيلاءً وقلنا بأن الاستيلاء أيضاً يد، كما تقدم بعض الكلام فى ذلك.

(مسأله ١٧): قال في الشرائع: يجب رد المغصوب ما دام باقياً.

وقال في الجواهر: لا خلاف فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، إن لم يكن ضروره من المذهب، مضافاً إلى قوله (عليه السلام) في النصوص السابقه: «كل مغصوب مردود».

أقول: الظاهر أن مراده بالمذهب الدين، لا- المذهب بالمعنى الأخص، إذ ضروره الإسلام قائمه على وجوب رد المغصوب، والظاهر أن عليه الأدله الأربعة:

مثل قوله سبحانه: (ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) (١١)، فإن عدم الرد معناه الأكل، فيشمله قوله تعالى، إذ لا يراد بالأكل خصوص التصرف، وإنما منع المالك عن ماله ولو بقرينه المقام، إلى غيرها من الآيات.

وقد تقدمت جمله من الروايات في أول الكتاب.

كما أن العقل أيضاً يدل على ذلك.

وكيف كان، ففي وجوب رد المغصوب أمران: تكليفي ووضعي، والتكليفي لا يشمل مثل الصغير والمجنون ومن أشبههما، إذ لا تكليف عليه، وإنما يكون التكليف متوجهاً إلى وليه باعتبار كونه ولياً له.

نعم الحكم الوضعي شامل لهما، ودليل رفع القلم وما أشبه لا يشملهما، حيث إن «على اليد ما أخذت» (٢) ظاهره أن العين على الآخذ بنفسها أو بدلها، وذلك غير التكليف.

قال المحقق الرشتي في تقريب ذلك:

(إن كلمه على تدل على أمر وضعي يستتبع

ص: ١٨٠

١- سورة النساء: الآية ٢٩

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العاربه ح ١٢

أحكاماً تكليفية على حسب اختلاف موارد في القابلية من التعليق والتنجيز، وتحقيق ذلك أن المولى إذا قال في عبده: عليه فعل كذا، ونسبت كلمه على إلى فعل من الأفعال القابله للتكليف، دل على وجوبه وطلب إيجاده ممن استجمع شرائط التكليف، لأن التعهد بالفعل وكون الفعل في العهد الذي هو مدلول هذه الكلمه لا معنى له سوى التكليف كما لا يخفى.

وإذا قال: عليه عين كذا، ونحوه مما يفيد التعهد بالعين وكونها في عهده، عم المكلف الفعلى والشأنى وغيرهما، إلا أن أثره التنجيزى وهو التكليف مما أريد من هذا القول إنما يلحق الجامع الشرائط ليس إلا، وأما أثره التعليقى المشروط بحصول شرائطه فلا- اختصاص له بأحد، لأن صيروره المال في العهده ليس أمراً مختصاً بمحل قابل للتكليف الفعلى، بل يقتضى بحسب قابليه المحل آثاراً مختلفه الكيفيه تنجيزاً وتعليقاً ونحوهما من وجوه الاختلاف) انتهى.

لكن لا يمكن القول بذلك مطلقاً، وإنما يجب جمع الاعتبارات والشواهد أيضاً، ولذا ذكرنا في كتاب الخمس أنه لا خمس فى مال الطفل على حسب الصناعه، وإن كانت الآيه المباركه تقول: (وأعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسَه) (١)، إذ العرف يرى الجمع بين هذا الدليل ودليل رفع القلم أن الثانى محكم على الأول.

نعم فى مثل الغصب المناسبات العرفيه تقتضى أن يكون الطفل والمجنون أيضاً إذا غصبا شيئاً كان اللازم فى مالهما أو عليهما بعد التكليف والعقل، أو

ص: ١٨١

على وليهما الأداء، كما إذا كسرا أو أتلغا شيئاً، أو قتلا أو جرحا إنساناً، أو ما أشبه ذلك، ويؤيده ما ورد في كتاب الديات وغيره.

نعم «عمد الصبى خطأ» محكم على كون الدية في ماله أو مال المجنون، كما أنه كذلك في التحكيم ما دل على أن خطأ البالغ العاقل أيضاً على العاقله لا على نفسه.

ثم إنه إن رد الصبى أو المجنون عين المغصوب، فلا- إشكال في صحه الرد، بمعنى أن المالك يتصرف في عينه التي ردها أحدهما. أما إذا أراد رد المثل أو قيمه، فلا- حق للمالك في التصرف فيه، إذ لا- حق لهما في تعيين ما في الذمه في شيء خارجي، وإنما اللازم أن يكون الولي هو الذي يرد.

نعم، إذا لم يرد الولي راجع الحاكم الشرعي، فإذا لم يمكن الحاكم الشرعي جاز الأخذ من باب التقاص.

أما الكافر إذا غضب ثم أسلم، ففي وجوب الرد مطلقاً، لقاعده أن (الغصب مردود)، أو عدم وجوب الرد مطلقاً، لقاعده (جب الإسلام عما قبله)، أو التفصيل بين بقاء العين فيجب الرد، وبين عدم بقاء العين فلا يجب، إما مع بقاء العين فلأن العين مال الناس فالواجب ردها، وأما مع تلف العين فلقاعده الجب(1)، المؤيده بأن النبي (صلى الله عليه وآله) لم يأمر المشركين برد الأموال المنهوبة والمغصوبة، مع العلم أنهم كانوا ينتهبون الأموال ويغتصبونها في زمان الجاهليه بكثره كبيره، مضافاً إلى أن المال ليس أهم

ص: ١٨٢

١- بحار الأنوار: ج ٤ ص ٢٣٠ كتر العرفان: ج ١ ص ١٦٦ صحيح مسلم: ج ١ ص ١٩٢

من العرض والدم، ولم يأمر النبي (صلى الله عليه وآله) بإعطاء المهر للأعراض المنتهكه بالقسر، ولا بإعطاء الدية للدماء المراقه بغير حق.

لا- يقال: النبي (صلى الله عليه وآله) لم يسترجع أيضاً داره الموجوده، والتي غضبها بعض ثم أسلموا، كما يدل على ذلك قوله (صلى الله عليه وآله) _ لما ذهب إلى مكه ولم يسكن في داره وقالوا له لماذا لا تسكن في دارك _ : «وهل أبقى فلان لنا داراً».

لأنه يقال: إن الظاهر أن هذا العمل كان استعطافاً لا حكماً شرعياً وأنه لا حق له في استرجاع داره.

أو التفصيل بين ما إذا كان في دينه الغضب صحيحاً فلا إرجاع، وما إذا لم يكن في دينه الغضب صحيحاً فإرجاع.

أما الثاني: فلقاعده «الغضب مردود»^(١).

وأما الأول: فلقاعده «ألزموهم بما التزموا به»^(٢)، فإن الملتزمات حتى بعد الإسلام باقيه على الالتزام السابق، بدليل أن أولاده مثلاً- أولاد حلال، وأن قتله للمسلم في الحرب لا- يوجب عليه ديه، وأن معاملاته تبقى على ما كانت، إلى غير ذلك من الأمثله، ولعل من هذا الباب كان عدم استرجاع رسول الله (صلى الله عليه وآله) داره.

أو بعض التفاصيل الأخر المحتمل.

ولا- يبعد أن يكون مقتضى الصنائه الإرجاع مطلقاً، إلا ما علم شمول دليل الجب ودليل الإلزام له، لأنهما واردان على قاعده الغضب كله مردود، فاللازم أن يعرف قدر التقييد والتخصيص، فإذا شك في الزيادة والنقيصه فيهما كان مقتضى القاعده الرجوع إلى العام والمطلق.

ص: ١٨٣

١- الوسائل: ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٤٨٥ الباب ٤ من أبواب ميراث الأخوه والأخوات ح ٢ و ٥

ومنه يعرف الحال في مسألة استبصار المخالف، حيث كان غاصباً ثم استبصر، فإن مقتضى القاعده لزوم رده كل مغضوب إلا ما شمله دليل الإلزام ونحوه.

ويؤيد لزوم الرجوع في الكافر والمخالف أن الكفار وكل فرق المسلمين محكومون بالفروع نصاً وإجماعاً، فإذا كان مقتضى الحكم الشرعي شيئاً لزم عليه العمل، سواء في حال كفره أو حال إسلامه، وحال خلافه أو حال استبصاره، وإنما اللازم ملاحظه القدر المخرج بالنص أو بالإجماع أو ما أشبههما، ففي كل مورد يشك في دخوله في الاستثناء محكوم عليه بحكم المستثنى منه، وليس ذلك من باب التمسك بالعام في الشبهه المصداقيه كما هو واضح، بل من باب التمسك بالعام في غير القدر المخرج بنص أو ظاهر أو ما أشبه.

وكيف كان، فلتنتقيح المسأله فيهما موضع آخر، بل قد احتملنا في كتاب الشهادات أن تغير الحكم من الباطل إلى الحق يوجب جبّ ما قبله، كما أن الإسلام يجبّ ما قبله، وذلك لما رواه الشيخ بأسناده إلى العباس بن هلال، عن أبي الحسن الرضا (عليه السلام)، ذكر أنه لو أفضى إليه الحكم لأقرّ الناس على ما في أيديهم، ولم ينظر في شيء إلا بما حدث في سلطانه، وذكر أن النبي (صلى الله عليه وآله) لم ينظر في حدث أحدثوه وهم مشركون، وأن من أسلم أقره على ما في يده (١).

لكني لم أر من تعرض له من الفقهاء، وإن كان مقتضى التعقل في الإسلام

ص: ١٨٤

أن يكون للحاكم الإسلامى المسلط على بلاد المسلمين أن يراعى ذلك مهما أمكن بما لا- يوجب ضرراً على الإسلام أو المسلمين.

بل ربما يؤيده فى الجملة الروايه المرويه عن حفص بن رياض، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، حيث قال أبو عبد الله (عليه السلام): «لو لم يجز هذا لم يقم للمسلمين سوق»^(١)، مما يفهم منه الملاك والمناط فى الجملة.

ثم لا يبعد أن يكون الرد الموجود فى النص والفتوى منصرفاً إلى الرد بعنوان أنه المغضوب، لا بعنوان أنه ملك جديد، إذ ذلك لا يسمى رداً عرفاً، ولو من جهة الانصراف.

فلو غضب من إنسان ديناراً ثم أعطاه له بعنوان الهديه، أو غضب من إنسان أرزاً ثم أطعمه إياه بعنوان الضيافه، لم يكن ذلك مبرراً للذمه، بل اللازم أن يرده عليه بعنوان أنه رد مغضوب أو رد ما هو ملكه، مثلاً سرق من إنسان شيئاً، ثم لا يريد أن يقول له إنه سرقه منه، فيعطيه باعتبار أنه يطلبه منه، إلى غير ذلك من الأمثله.

ولو لم يستعد المغضوب من أخذه توصل إلى إعطائه له بكل صورته، وقد ذكرنا فى كتاب الدييات قول الإمام السجاد (عليه السلام) للزهرى: «أن يجعل الديه صرراً ويلقى بها فى دار ذوى المقتول فى أوقات الصلاه»^(٢).

وكيف كان، فقد قال المحقق الرشتى فى أصل المسأله: (المراد بالرد ليس الرد إلى المالك، بل إلى ما يعمه والحالات الواقعه عليها الغصب).

ص: ١٨٥

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢١٥ الباب ٢٥ من أبواب كيفيه الحكم ح ٢

٢- الوسائل: ج ٦ ص ٢٨٠ الباب ١٤ من أبواب الصدقه ح ٧

وحاصله اتحاد كيفية حال الغصب وحال الرد من جميع الجهات الماليه والملكيه ونحوهما مما يتعلق به غرض الملاك، والدليل على ذلك هو الدليل على وجوب أصل الرد، أعنى رفع الظلم المدلول عليه بالأدله الأربعة، ويتفرع على ذلك عدم كفايه الضيافه والهبه فى الخروج عن العهد.

أما الأول: فواضح، لأن مال الضيافه أشبه شىء بالعاريه، والضييف غير مسلط عليه سلطنه تامه نحو سلطنته على ماله المعلوم، فقبضه له كعدم القبض فلا يحصل به براءه الذمه.

وأما الثانى: فلأن المتهم وإن كان مسلطاً على العين الموهوبه سلطنه كامله، إلا أن جهله بفساد الهبه وأن العين ملكه وماله المغصوب، واعتقاد كونه ملكاً جديداً زائداً على أمواله، ربما يوجب نقصاً فى محافظته ومراعاته ومما كسسته التى يراعيها فى سائر أمواله العتيقه، وهذه كيفية مغايره لكيفية حال الغصب التى كانت مقرونه بكمال الحفظ والرعايه) انتهى.

ومنه يعلم أن إشكاله بعد ذلك فيما ذكر بقوله: (وفيه نظر، لكن الحكم بالخروج عن العهد بالهبه ونحوها من التمليكات المجانيه أيضاً لا يخلو عن إشكال، وإن كان الأقوى الخروج، خصوصاً مع ملاحظه القول والروايات بأن الزكاه والخمس والفتيره ونحوها من الحقوق الماليه لا يجب فيها الإعلان، وما ورد أيضاً فى المديون بأنه إذا دفع عليه بعنوان العطيه والسوقا احتسب به وبرئ ذمته، لو لم نقل بإمكان الفرق بين أداء المغصوب وأداء غيره، وإن كان عيناً أو ديناً لزم الأداء كما يظهر للمتأمل) انتهى، محل نظر.

إذ بالنسبه إلى الزكاه المولى الحقيقى أجاز ذلك، والخمس والزكاه متبادلان كما يستفاد من بعض الروايات أن الخمس جعل بدلاً من الزكاه، والفتيره

أيضاً المشهور أنه زكاه، ولهذا حكموا عليه بأحكام الزكاه، فلا- يقاس ما نحن فيه مما لا إجازة من المالك بما إجازة فيه من المالك الحقيقي.

فقد روى أبو بصير، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): الرجل من أصحابنا يستحي أن يأخذ من الزكاه فيعطيه من الزكاه ولا يسمى له أنها من الزكاه، فقال (عليه السلام): «أعطه ولا تسم ولا تذلل المؤمن»^(١).

ولم أجد ما يدل على أن المديون إذا أعطى بعنوان السوقات والعطيه كفى، بل ذلك على خلاف القاعده، فإن الكلى لا يتعين إلا برضى الطرفين، فكما لا يصح للمديون أن يأخذ من مال الدائن بقدر دينه إلا برضاه وإجازته ونحو ذلك، كذلك لا يصح للمديون أن يعطى مال الدائن له بدون أن يأخذه الدائن بعنوان أنه دينه، فإن «الأعمال بالنيات»^(٢)، والأموال المتعدده لا يمكن جعل المصداق الخارجى أحدها إلا برضى الآخذ وبرضى المعطى.

نعم فى باب التقاص يجوز ذلك، كما ورد فى حديث هند التى قالت لرسول الله (صلى الله عليه وآله): إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطينى بقدر نفقتى ونفقه أولادى، فأذن لها رسول الله (صلى الله عليه وآله) فى الأخذ من ماله بقدر النفقه^(٣).

وكان ذلك من الرسول (صلى الله عليه وآله) إجازة من المالك الحقيقى الذى هو الله سبحانه وتعالى، والرسول (صلى الله عليه وآله) نائبه، كما يصح ذلك من الحاكم الشرعى الذى هو نائب للإمام (عليه السلام) النائب للرسول (صلى الله عليه وآله).

ص: ١٨٧

١- الوسائل: ج ٦ ص ٢١٩ الباب ٥٨ من أبواب المستحقين للزكاه ح ١

٢- الوسائل: ج ٤ ص ٧١١ الباب ١ من مقدمات الصلاه ح ٣

٣- كما فى الجواهر: ج ٣١ ص ٣٠٢

ومما تقدم تبين فروع المسأله، مثل ما إذا أعطاه شاته بعنوان الهديه فذبيجها وأكلها، فإنه يجب عليه إعطاء شاه أخرى له إذا قلنا بأن الحيوان مثلي، أو إعطاء قيمتها على المشهور من قولهم بأنها قيميه.

أما إذا ذبح الشاه ولم يتصرف فيها بعد بأن لم يأكلها، فهل يعطى التفاوت بين المذبوح والحي، أو يأخذ المذبوح ويعطيه الحي مثلاً- أو قيمه، أو يعطيه شاه حيه بالإضافة إلى تلك الشاه المذبوحه، الاحتمال الثالث غير وارد، لأنه من الجمع بين العوض والمعوض، واحتمال إعطاء التفاوت أيضاً غير ظاهر، إذ الإنسان الذى لا يريد شاه مذبوحه لا وجه للتصرف فى سلطنته بتبديل شاته إلى شاه مذبوحه، فهو كما إذا ذبح الشاه بنفسه ثم أعطاها لمالكها، فيبقى أخذ الغاصب الشاه المذبوحه وإعطاء المغصوب منه البدل.

وكذا فى غير الغصب من سائر الضمانات كالعاريه والوديعة وما أشبه.

ومثل ما إذا أعطاه مالها بعنوان المهر حيث إنه لا يكون مهراً، فإذا جعل المهر عين المال وجب عليه بدله، وإذا جعل المهر كلياً وأعطاه مالها بعنوان المصداق لم يقع مصداقاً وإنما يبقى مديوناً للمهر، وكذلك فى عكس الأمر كإعطائها له ماله عوض الخلع، إلى غير ذلك من الأمثله.

(مسأله ١٨): قال فى الشرائع بعد قوله المتقدم بوجوب رد المغصوب ما دام باقياً، ولو تعسر كالمغصوبه يستدخل فى البناء واللوح فى السفينه، ولا يلزم المالك أخذ القيمه: (وكذا لو مزجه مزجاً يشق تمييزه كمزج الحنطه بالشعير أو الدخن بالذره كلف تمييزه وإعادته) انتهى.

وقال فى القواعد: (ومزج الحنطه بالشعير ليس بإتلاف، بل يلزم بالفصل والالتقاط وإن شق، ولو استدخل الخشب المغصوبه فى بنائه ألزم بالعين وإن أدى إلى الهدم).

ونقل مفتاح الكرامه الفرع الأول عن التحرير والتذكره واللمعه والمسالك والروضه، قال: وهو قضيه كلام الدروس وغيره، كما نقل الفرع الثانى عن الخلاف والمبسوط والسرائر والشرائع والتذكره والتحرير والدروس والمسالك، بل لا خلاف فيه إلا من الكوفى وتلميذه الشيبانى فإنهما قالا: إنه يملكها ولا يجب عليه رد الساجه ويلزمه قيمتها.

ثم نقل ما عليه الأصحاب عن جمهور العامه أيضاً باستثناء المذكورين، وفى الجواهر مثل ذلك، وكأنه أخذه منه وزاد: (بل الواجب عليه مع استخراج الخشب رد أجرتها من حين الغصب إلى حين الرد والأرش إن نقصت) انتهى.

أقول: ولا- يبعد أن يكون على الغاصب إعطاء مثل المغصوب لمثل تلك المده إذا لم تكن للمغصوب أجره، مثلاً إذا غصب إبريقه ساعه، وغصب الإبريق ساعه لا أجره له، فإنه يجب عليه إعطاء إبريقه له ساعه أيضاً، وإذا لم يعط كان للمغصوب منه الحق فى الأخذ، لأنه داخل فى قوله تعالى: (وجزاء سيئه

سيئه (١١))، وقوله سبحانه: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (٢))، وغيرهما من الآيات والروايات، إذ لا خصوصيه للأجره.

وإذا لم يتمكن المغصوب منه من الاسترداد بهذه الكيفيه لمثل العين حق له الاسترداد لشيء آخر، مثلاً- إذا لم يكن للغاصب إبريق ولكن كان له مكنسه، وساعه المكنسه عرفاً تعادل ساعه الإبريق، فإن له الحق في أخذ المكنسه ساعه لأنه بدله عرفاً، فحال هذا كحال بدل الحيوله فيما ذكروا، لأن الملاك في كليهما واحد.

نعم، إذا لم يكن له إبريق وكانت له مكنسه وفرش، وساعه كل واحد منها تعادل ساعه الإبريق، فالظاهر أن للغاصب الحق في إعطاء أيها له بقدر ساعه، لأن الغاصب مسلط على الخصوصيه، وإن فقدت السلطه له على الجامع، حيث إن الجامع يعادل ساعته ساعه الغصب، ولذا قالوا فيما إذا كان المديون أراد إعطاء دينار شخصي، لم يحق للدائن أن يقول: إنى لا أريد هذا الدينار وأريد بدله، إذ سلطه المديون على الخصوصيه لا ترتفع بارتفاع سلطته عن الجامع.

وكيف كان، فقد علل الأصحاب ما ذكروه بأنه بنى داره مثلاً على خشبه الغير ظلماً وعدواناً، فيجب ردها فوراً، فإذا استخرجها وردّها وجب عليه رد أجرتها من حين الغصب إلى حين الرد، وإن نقصت لزمه أرش النقص، وكلا ما ذكروه على طبق القاعده روايه وفتوى في الجمله.

ص: ١٩٠

١- سورة الشورى: الآيه ٤٠

٢- سورة البقره: الآيه ١٩٤

والظاهر أن اللازم عليه بالإضافة إلى ذلك رد الفرق فيما إذا تنزل، مثلاً كانت له خشبه قيمتها اليوم دينار، أما في غد فربح دينار، فإنه يلزم عليه ردّ الخشبه، وردّ ثلاثه أرباع الدينار لأنه سبب ضرره، فدلّل «لا ضرر» يدل على وجوب إعطاء ضرره، على التقريب الذي ذكره في بابي خيار العيب وخيار الغبن.

وقد ذكرناه مثل ذلك في بعض المسائل السابقه، وإن كان الفقهاء لم يتعرضوا لذلك هنا حسب ما نعلم، كما أن الحكم كذلك فيما إذا سبب عدم نمو ما لو لم يغصبه نما، مثلاً كانت المغصوب منه شجره، فوضع جذعه عليها مما سبب عدم نموها وعدم ثمرها، فإن الواجب مع رد الشجره إعطاء النمو والثمر، لأنه سبب ضرره، وقد تقدم أن الفقهاء ذكروا مثل ذلك في الجمد والماء إذا غصبهما منه في الصيف في مكان لا ماء فيه، ثم أراد ردّ الجمد في الشتاء مما لا قيمه له، أو ردّ الماء على النهر مما لا قيمه له، ولعله يأتي لهذه المسأله مزيد توضيح إن شاء الله تعالى.

نعم ذكر في الجواهر: إنه لو اختلطت السفينه بسفن كثيره للغاصب، ولم يحصل على اللوح إلا بالفصل للكل، فالظاهر ذلك أيضاً للمقدمه، لما عرفت من تطابق النص والفتوى على إلزام الغاصب هنا بالأشق، على وجه يقدم على نفي الضرر والخرج، كما أوماً إليه (عليه السلام) بقوله: «الحجر المغصوب في الدار رهن على خرابها»^(١)، ضروره اقتضائه رده على مالكة وإن استلزم خراب الدار أجمع كما هو واضح.

وقال: (وإن كانت في اللجه وخيف من النزاع غرق حيوان

ص: ١٩١

محترم آدمى أو غيره، أو مال كذلك لغير الغاصب الجاهل بالغصب، ففي القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضه وظاهر غيرها عدم وجوب النزاع.

بل فى مجمع البرهان لا- خلاف فيه، جمعاً بين الحقين ولا- احترام روح الحيوان، سواء كان للغاصب أو غيره، وفيه إمكان إلزام الغاصب ومن بحكمه ذبح الحيوان مقدمه لإيصال مال الغير الواجب عليه فوراً، ودعوى حرمة ذبحه لغير الأكل ممنوعه).

ثم قال: (بل قد يقال: إن للمالك أخذ ماله من الغاصب الممتنع من دفعه فى كل حال، وإن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه إلا فى الحال المزبور، وخصوصاً مع حاجه المالك له فى تلك الحال لحفظ نفسه مثلاً، فإن احترام نفس الغاصب فى الفرض غير معلوم).

ولعل قوله تعالى: (فمن اضطر غير باغ ولا عاد) (١) يشعر بذلك، ضروره ظهوره فى سقوط احترامه بالبغي والعدوان، وإن كان فى غير المفروض، بل قد يشعر به فى الجملة سقوط احترامه فى الدفاع عن المال ولو يسيراً) إلى آخر كلامه.

لكن الظاهر أنه محل منع، فإن مجموع ما ذكره هو وغيره دليلاً- لذلك روايه الحجر المغصوب، وروايه «الغصب مردود»، وأن الغاصب قد أقدم على عدم احترام مال نفسه، كما إذا اشترى شيئاً بالضرر عالماً عامداً، حيث لا خيار له.

ويرد على الأول: إن ظاهر الروايه حسب الانصراف العرفى شىء آخر،

ص: ١٩٢

وهو أن مثل هذه الدار لا يمن فيها ولا بقاء، وأنها في معرض الفناء والخراب لأجل ذلك الحجر الذى بنى فيها، فإذا أراد الإنسان اليمن والبركه فى داره يلزم عليه إعطاء الحجر إعطاءً شرعياً وعقلياً، عيناً أو قيمه حتى تفك الدار عن الرهانه. كما أن الإنسان إذا أراد فك رهنه يلزم عليه إعطاء الدين ليأخذ العين، وإن كانت العين أضعاف أضعاف الدين.

أما أن يكون معنى الحديث أنه يجب إعطاء الحجر المغصوب ولو بخراب كل الدار، فذلك مما لا يفهم منه إطلاقاً.

أما كون الغصب مردوداً، فإنه لا يفهم منه إلا ما يفهمه العرف من الأوامر للحكام ونحوهم، وذلك منصرف عن مثل ما ذكره.

ومنه يعرف وجه النظر فى قول المحقق الرشتى: (الظاهر أن رد المغصوب واجب مطلقاً حتى الفلس فيما لو توقف رده على صرف آلاف الكروور فضلاً عن غيره، لأن إبقاء المغصوب كابتداء الغصب لا يرخص فيه بسبب الضرر المالى).

إذ أى عرف هذا الذى يفهم من مثل المغصوب مردود نحو هذا الشىء وهل هو إلا مثل: (وأعلموا أنما غنمتم من شىء فأن لله خمسَه) (١)، ومثل قوله سبحانه: (إنما الصدقات للفقراء) (٢)، فهل يفهم منهما أنه إذا كان عليه فلس من الخمس أو فلس من الزكاه فإنه يجب عليه إيصالهما إلى مستحقهما ولو صرف آلاف الكروور.

ص: ١٩٣

١- سورة الانفال: الآية ٤١

٢- سورة التوبه: الآية ٦٠

وعلى الثالث: ما ذكره المحقق المذكور أن كون الدليل هو الإقدام فاسد، (لأن نفي الضرر كنفى الحرج لا يفرق فيها بين ما إذا جاء من قبل المكلف من تقصيره وتفريطه وغيره، ولذا لا يجب ولو كان منشأ الضرر هو المكلف نفسه، وكذا لا يلزم البيع مع الغبن ولو كان السبب هو تقصير المشتري بترك الفحص عن قيمه ونحوه.

نعم لو أقدم الشخص على عنوان الضرر نفسه كأن باع واشترى عالماً بالعيب والغبن فلا، فهذا ما يقال من أن الإقدام عليه يرفع احترامه.

والحاصل: إن الإقدام على فعل يتفق معه الضرر أو يلزمه ليس بإقدام على الضرر، وإنما الإقدام عليه هو ارتكاب نفس الضرر كالبيع بدون ثمن المثل عالماً، وكإسقاط بعض الحقوق المشروع بجبران الضرر وأمثال ذلك، وما نحن فيه من قبيل الأول، لأن الإقدام على الغصب ليس إقداماً على نفس الضرر كما لا يخفى، بل إقدام على النفع بزعم الغاصب(1)، انتهى.

نعم يرد عليه أنه حتى ما إذا أقدم على الضرر يلزم أن يكون الشارع لم يمنع عنه، وإلا فالإقدام ليس على إطلاقه موجباً للضرر.

ثم كيف يمكن القول بأنه يهدم الدار كلها لأجل انقاذ الحجر، أو يهدم السفينه لأجل إنقاذ اللوح، مع العلم أن الإسراف حرام، وهذا من أظهر مصاديق الإسراف المحرم.

وقول الجواهر: (دعوى حرمة ذبحه لغير الأكل ممنوعه) غير ظاهر الوجه، فهل يجوز ذبح الحيوان وإلقاؤه في الشارع أو في البحر.

وأبعد منه قوله: (وإن

ص: ١٩٤

كانت فى اللجة وخيف من النزاع غرق حيوان محترم آدمى أو غيره).

أما قول الجواهر: (لما عرفت من تطابق النص والفتوى على إلزام الغاصب هنا بالأشق على وجه يقدم على نفي الضرر والحرج)، ففيه: إنه أى نص وأى فتوى على ذلك، وقد تقدم منه (رحمه الله) أنه نقل عن القواعد والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضه عدم وجوب النزاع، بل نقل عن مجمع البرهان أنه لا خلاف فيه.

ومثله فى البعد أنه بعد أن نقل عن المبسوط والتذكرة وظاهر السرائر تبعاً لمفتاح الكرامه عدم وجوب النزاع، لأن السفينه لا تدوم فى البحر، فيسهل الصبر إلى انتهائها إلى الشط فتؤخذ القيمه للحيلولة إلى أن يتيسر الفصل ورد اللوح مع أرش النقص إن نقص، جمعاً بين الحقين، قال: (وهو كما ترى مجرد اعتبار لا يرجع إلى محصل، ودعوى سقوط المقدمه لقاعده الضرر ونفى الحرج واضحه السقوط بعد أن كان هو السبب فى إدخالهما عليه) انتهى.

إذ قد عرفت أنه لم يقدم على الضرر، وإنما أقدم على الغصب، والإقدام على الضرر غير الإقدام على الغصب.

وقوله: (إن كلامهم مجرد اعتبار) غير ظاهر، بل ما ذكره هو مقتضى القواعد كما عرفت، وهل يقول صاحب الجواهر وغيره ممن وافقهم هو على رأيهم، أنه إذا ألقى إبريق إنسان فى بحيره وجب عليه إفراغ ماء البحيره ولو دام ذلك عشر بن سنه، ولو صرف ملايين من الدنانير لأجل إعطاء الإبريق لصاحبه.

أو هل يفتى هو بأنه إذا علم إنسان بأن لوحاً فى السفينه مغموب، ثم ملأها من بضائعه التى تسوى ملايين الدنانير، يحق لصاحب اللوح أن يفرغ كل ما فى

السفينه فى البحر لىأخذ لوحه.

أو يقول هو أو غيره: بأنه إذا بلع ثور فلساً لإنسان، وكان ذلك بسبب غضب صاحب الثور لذلك الفلس وإلقائه أمامه، أنه يحق له أن يذبحه لىأخذ فلسه، وإن كان اللحم يذهب هدرأ، لأنه لا آكل له، فإن كانوا يلتزمون بمثل هذه الأمور، ففيه: إنه فى غايه البعد عن ظاهر الأدله.

أما قوله الأخير: (بأنه يأخذ ماله وإن استلزم ذلك تلف نفس الغاصب مع فرض عدم التمكن منه إلا فى الحال المزبور) فهو بعيد جداً عن ظاهر الروايات.

فهل يفتى أحد بأنه إذا غضب إنسان من إنسان آنيه تسوى عشرين فلساً أن له أن يقتله لىأخذ ماله وإن امتنع الغاصب من رده.

بل لعل فى قضيه سمره دلالة على ما ذكرناه، لأن الأنصارى إما اشترى البستان من سمره باستثناء النخله، أو باع النخله لسمره، ففي كلا الحالين أقدم على ضرر نفسه إذا كان ميزان الضرر مثل ذلك الذى ذكره، فلماذا قال الرسول (صلى الله عليه وآله): «لا ضرر ولا ضرار»^(١)، وعليه فأدله الضرر محكمه.

وعلى هذا، فإنه إذا جعل اللوحه فى الدار مما استلزم هدم الدار لم يجز هدم الدار لأنه إسراف، وإذا لم يكن الإسراف كما إذا غضب ديناراً من زيد وأتى به مئآت الفراسخ مما يستلزم رده صرف مئآت الدنانير فإنه لا يجوز ذلك أيضاً، لأنه وإن لم يكن إسراف إلا أنه عمل سفهائى، والأعمال السفهائيه ممنوعه شرعاً كما هى ممنوعه عقلاً.

ص: ١٩٤

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ و ٣٤٢ الباب ١٢ من إحياء الأموات ح ٣ و ٥

قال سبحانه: (ولا توتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياماً) (١).

فهل يمكن القول بأنه يصرف مئات الدينار مؤنه سنته وعائلته مثلاً لأجل رد ذلك الدينار، ثم يبقى هو يتكفف الناس.

وعلى أى حال، فالمفهوم من النص والفتوى ليس أمثال هذه الأمور، وإنما المفهوم من النص هي حسب الموازين العقلانية.

ومما تقدم يظهر أنه لا يمكن الاستدلال لوجوب رد المغصوب، ولو أدى إلى انهدام الدار وغرق السفينه ونحوها، بقوله (عليه السلام): «ليس لعرق ظالم حق» (٢)، سواء قرأ بالإضافه أو بالتوصيف، وإن استدل به المحقق الرشتي بقوله: (إذ لا خصوصيه للعرق أعنى الشجره لعدم الاحترام، فهذا الكلام تعبير إجمالى عن سلب الاحترام من مال الظالم فى المربوط به مال الغير ظلماً، وكنايه عن هذا المعنى مطلقاً، فيجوز حل ذلك الارتباط ولو انجر إلى تلف أمواله).

فإن دليل «لا ضرر» وحرمة الإسراف وغيرهما مما تقدم، بالإضافه إلى عدم شمول الحديث إلا بمقدار المتفاهم العرفي، يوجب عدم صحه الاستدلال بالحديث لما ذكره، فإن الشارع لا يحكم بالضرر مالياً كان أو نفسياً أو عرضياً، إلا فى موارد الاستثناء كالخمس والزكاه والجهاد وما أشبه.

ومنه يعلم أن فرق المحقق الرشتي بين الضررين بقوله بعد تقريب عدم البأس بالضرر المالى:

(نعم لو توقف أو استلزم ضرراً غير مالى، أمكن منع الوجوب، لأن

ص: ١٩٧

١- سورة النساء: الآية ٥

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٨٣ الباب ٢٣ من كتاب الإجاره ح ٣

حفظ النفس والعرض يرجع على غيره، ولو كان من حقوق الناس) إلى آخر كلامه، محل نظر.

وكيف كان، فإذا غضب اللوح وجعله فى السفينه، أو غضب الخشبه وجعلها فى بنائه، فإن لم يستلزم الإخراج والإرجاع إلى صاحبهما إسرافاً وأضراراً أكثر من المتعارف وجب الإخراج والرد، لأدله كون الغضب مردوداً، أما إذا استلزم إسرافاً أو أضراراً أكثر من المتعارف، مما يفهم من أن الغضب مردود، انتقل الأمر إلى البدل مثلاً- أو قيمه، نعم يحتمل تقدم الإجاره إذا كانت الإجاره ممكنه، لأن فيها من الجمع بين الحقين ما ليس فى مثل البدل.

هذا كله إذا كان الغاصب عالماً عامداً.

أما إذا لم يكن عالماً بالحكم أو الموضوع، أو لم يكن عامداً يكره واضطرار ونحوهما، أو صار غضباً بسبب طريان شىء بأن لم يكن من الأول غضباً، كما إذا رضى مالك الخشبه واللوح من الأول ثم صار بينهما نزاع سبب سحب رضاه عما رضى أولاً، أو كان الجائر مثلاً غضب الدار وبنى فيها لوحه مغصوبه أيضاً، ثم تمكن المالك من استرجاع الدار مما لم يكن الغضب منه، أو ما أشبه ذلك، فلا- إشكال فى أنه لا حق فى الهدم الموجب للضرر وإن لم يكن إسرافاً، إذ دليل «لا ضرر» لا محذور فيه، وهو حاكم على الأدله الأوليه مثل «الغضب مردود» ونحو ذلك.

وربما يؤيد العدم هنا، بل وفى المسأله السابقه فيما كان الغضب عن علم وعمد، قوله سبحانه: (وجزاء سيئه سيئه بمثلها)(١).

ص: ١٩٨

١- سورة الشورى: الآيه ٤٠

وقوله: (ومن عاقب بمثل ما عوقب به) (١١).

وقوله: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١٢) مما جعل السيئه بقدر السيئه المقابله لا أكثر، وكذلك قوله سبحانه: (والحرمت قصاص) (١٣)، إلى غيرها مما يجدها المتبع في خلال الروايات، فلا حق للسيئه الأكثر وما أشبه.

وعلى ما ذكرناه، فإذا مزج مزجاً يشق تمييزه كمزج الحنطه بالشعير، أو الدخن بالذره، فإن كان مشقه تصل إلى الحرج والعسر، أو توجب ضرراً بصرف المال لم يكلف تمييزه وإعادته، وإنما يشتركان حسب مقتضى القاعده كما في مزج الحليب بالسكر أو ما أشبه، إذ لا فرق بين المسألتين عرفاً، ومجرد التميز وعدم التميز لا يوجب فرقاً من جهة ما نحن فيه، وإن لم يوجب التمييز العسر والحرج والضرر إلا بقدر غير مرفوع، مما هو في نظر العرف يشمل دليل رد المغصوب ونحوه، ووجب.

ثم في المورد الذى ذكرنا بوجوب رد الخشبه المستدخله فى الدار إذا فسدت على تقدير الإخراج، فلا إشكال فى لزوم إعطاء المثل أو قيمه، لأنه قد تعذر تسليم ماله العين فانتقلت العين إلى البدل، وإنما الكلام فى أنه هل يجب تسليم العين أيضاً إذا أمكن أو لا يجب، قولان:

نقل عن ظاهر الأكثر الوجوب، واستدل له بما يدل على وجوب رد المغصوب، فإن للشئ عيناً وماليه،

ص: ١٩٩

١- سورة الحج: الآيه ٦٠

٢- سورة البقره: الآيه ١٩٤

٣- سورة البقره: الآيه ١٩٤

والماليه تدوركت بالبدل، أما العين فقد كانت للمالك ولا وجه لخروجها عن ملكه، فالاستصحاب يقتضى وجوب رده أيضاً.

لكن عن الدروس عدم الوجوب، قال: (يجب رد المغصوب إلى مالكة إجماعاً، ولقوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤدي»^(١))، وإن تعسرت الساجه فى البناء واللوح فى السفينه، وإن أدى إلى خراب ملكه، لأن البناء على المغصوب لا حرمه له، ويضمن أرش نقصانها وأجرتهما، ولو علم تعيبهما وأنه لا ينتفع بإخراجهما ضمنهما الغاصب بقيمتها).

لكن فى المسالك نسب إلى ظاهرهم عدم وجوب الرد قال: (وهل يجبر على إخراجها حينئذ نظر، من فوات الماليه وبقاء حق المالك فى العين، وظاهرهم عدم الوجوب وأنها منزل منزله المعدومه، ولو قيل بوجوب إعطائها المالك إذا طلبها كان حسناً، وإن جمع بين القيمه والعين) انتهى.

لكن المحقق الرشتى نسب إليهم وجوب الرد، قال: (لو فسدت الخشبه المستدخله فى الدار على تقدير الإخراج انتقل إلى القيمه كما فى الحيلوله)، إلى أن قال: (وفى وجوب تسليم العين حينئذ مع دفع القيمه إشكال، ظاهر الأكثر الأول، ويدل عليه ما يدل على وجوب رد المغصوب لو لم يدع انصراف أدلتها اللفظيه، مثل قوله (عليه السلام): «على اليد» إلى الأموال وشبهها مما يتعلق به غرض صحيح عقلائي، مضافاً إلى الاستصحاب) إلى آخر كلامه.

ص: ٢٠٠

لكن الظاهر هو عدم الوجوب كما تقدم عن الدورس، ونقل أيضاً عن صريح المبسوط وغيره، وذلك لما تقدم من أنه جمع بين العوض والمعوض، وظاهر الأدلة أن له حق العوض، ومثله لو كسر إناء زيد، فإن عليه أن يرد عليه مثله أو قيمته، ولا حق لزيد في جمع المكسور من أجزاء الإناء إذا أراد الكاسر تلك.

ولذا قال في الجواهر: (إن حقه في الخشبه بالإضافة إلى القيمة مناف لقاعده «لا ضرر ولا ضرار»، ومناف أيضاً لملك القيمة التي هي عوض شرعى يقتضى ملك معوضه للدافع، واستثناؤه بعد ذلك بقوله: اللهم إلا أن يقال: إنها عوض ماليه وإن بقى مملوكاً لكنه كما ترى) انتهى.

كما ترى إذ أى معنى لكون البدل مثلاً أو قيمة عوض يقابل به المالىه دون الملكيه، وحينئذ فلا مجال للاستصحاب.

وجواب المحقق الرشتى عن مانع الاستصحاب، حيث قال: (مضافاً إلى الاستصحاب، ومنعه بدعوى تغيير الموضوع وهو المال ممنوع، بأن الموضوع ابتداءً هو الملك وإن كانت المالىه أيضاً موضوعاً آخر، إذ لا شبهه فى أن غير الأموال كالأملاك الصرفه مثل حبه الحنطه أيضاً يجب ردها إلى أربابها) انتهى.

غير ظاهر، إذ الخشبه بكلها انتقلت إلى البدل، فلم يبق ملك خارجاً عن المال حتى يقال باستصحاب الملك، والله سبحانه العالم.

مسأله ١٩ لو كانت العين بحكم التالف

(مسأله ١٩): قال فى الشرائع: (ولو خاط ثوبه بخيوط مغصوبه، فإن أمكن نزعها ألزم ذلك وضمن ما يحدث من نقص، ولو خشى تلفها بانتزاعها لضعفها ضمن قيمه).

وقال فى المسالك: (الخيوط المغصوب إن خيط به ثوب ونحوه، فالحكم كما فى البناء على الخشب، فللمالك طلب نزعها وإن أفضى إلى التلف، ويضمن الغاصب النقص إن أتفق، وإن لم يتفق له قيمه ضمن جميع قيمه، ولا يخرج بذلك عن ملك المالك كما سبق، فيجمع بين العين والقيمه) انتهى.

أقول: أما وجوب نزعها إن أمكن ولو يوجب فساداً أكثر من المتعارف كما تقدم فى مسأله الخشب، فدليله أن «الغصب مردود».

وأما إذا أوجب فساد الثوب، فقد عرفت فى المسأله السابقه أنه لا يجب، وإنما ينتقل إلى المثل أو قيمه، لحكومته دليل «لا ضرر» ودليل حرمة الإسراف وما أشبه على دليل «الغصب مردود».

كما أنك قد عرفت الإشكال فى قول المسالك: (ولا يخرج بذلك عن ملك المالك فيجمع بين العين والقيمه)، إذ لما انتقل الأمر إلى البدل كان البدل بدلاً شرعياً، وبذلك يسقط ملك المالك عن العين.

ولذا قال فى الجواهر: (يقتضى ملك المالك قيمه خروج المغصوب عن ملكه لكونها عوضاً شرعياً عنه، وقد تقدم سابقاً فى ذبح حيوان الغير الموجب لدفع قيمه عنه ما يؤكد ذلك فى الجملة، بل قد تقدم أيضاً أن ما كان فى يده المغصوب لو رجع المالك عليه وغرمه كان له الرجوع على من استقر التلف فى يده، على وجه يملك ما كان فى ذمته

للمالك عوض ما أداه) انتهى.

ثم إن كان العين في حكم التالف وطلبه المالك ولم يؤد إلى إضرار وإسراف، وجب على الغاصب رده، وإن لم يكن بعد ذلك له قيمة، وحينئذ لا حق للمغضوب منه في كل القيمة بعد أن أخذ العين، لأنه لا يجمع بين البدل والمبدل منه.

وكذلك إذا كسر إناء زيد وأراد زيد القطع المكسره، لم يحق له أن يطلب العوض كاملاً أيضاً.

لا يقال: إنه فوت عليه القيمة فله مطالبه القيمة كاملاً.

لأنه يقال: إنه بطلبه المكسور قد تنازل عن بعض قيمته، فإن الغاصب يخيّره بين أحدهما، فكما أنه إذا اختار القيمة لا حق له في العين، كذلك إذا اختار العين لا حق له في تمام القيمة.

ومما تقدم تبين وجه قول مجمع البرهان في المحكى عنه في صورته تلف الخيط إنه قال: (يمكن أنه لا يجوز أى النزاع وتعيين القيمة، لأنه بمنزلة التلف تلزمه القيمة فقط، وحينئذ يمكن جواز الصلاه في ذلك الثوب المخاط، إذ لا غضب فيه يجب رده، كما قيل بجواز المسح بالرطوبه من الماء المغضوب الذى حصل العلم بحاله بعد الغسل وقبل المسح) انتهى.

ومنه يعرف الحال فيما إذا توضعاً عاماً عامداً، وبعد تمام الوضوء وتلف المال عرفاً مما سبب الانتقال إلى القيمة غسل وجهه بقايا الماء الموجود على وجهه التالف عرفاً، ثم غسل يديه ومسح رأسه ورجليه، وكذلك بالنسبه إلى الغسل.

ويؤيد ما تقدم ما ذكره الجواهر حيث قال: (بل ستمسك ملك الغاصب

المغصوب إذا أدى قيمته للحيلولة، وإن كان متزلزلاً، بل كان ذلك مفروغاً منه عند التأمل في كلماتهم في مقامات متعددة ظاهره أو صريحه، في أن المؤدى عن المضمون عوض شرعى عنه، على وجه يقتضى الملك للطرفين، من غير فرق بين الموجود من العين مما لا قيمه له، وبينها إذا كانت كذلك لو انتزعت كما فى الفرض الذى يتعذر فيه الرد لنفس العين المغصوبه).

ثم قال الشرائع: (وكذا لو خاط بها جرح حيوان له حرمة لم ينتزع إلا مع الأمن عليه تلفاً وشيناً وضمناً).

وقال فى المسالك: (وإن خيط به جرح حيوان فهو إما محترم أو غيره، والمحترم إما آدمى أو غيره، فالآدمى متى خيف من نزعه هلاكه أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى قيمه من المرض والشين لم ينتزع وعلى الغاصب قيمته)، إلى آخر كلامه.

أقول: الكلام قد يكون فى الإنسان، وقد يكون فى الحيوان، أما الإنسان فهو إما محترم وأما غير محترم، فإن كان محترماً فوجبت الخياطه لم يكن آثماً بالخياطه، سواء كانت الخياطه لجرح نفسه أو لجرح غيره.

نعم إذا كانت الخياطه لجرح نفسه كان ضامناً فى المثل أو قيمه جمعاً بين الحقين، وإن كانت الخياطه لجرح غيره لم يكن ضامناً لأنه محسن، وقد أمره الشارع بالخياطه، ويكون الضمان على المجروح الذى خيط جرحه بالخيط.

لا يقال: بل الخائن أيضاً ضامن، وإنما قرار الضمان على المجروح، لأن الذى خاط ضمن بوضع اليد على مال غيره.

لأنه يقال: لما أمره الشارع بذلك وكان لأجل غيره لم يكن وجه لضمائه، ودليل (على اليد) و(من أ تلف) منصرف عن مثله.

وكذلك الحال فيمن رأى غريقاً فأنقذه بسبب جبل غيره، فإنه لا وجه لضمائه، أو رأى جائعاً مشرفاً على الموت فأنقذه بإطعام طعام غيره له، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ثم إذا مات ذلك الإنسان المجروح، فإنه يجوز لصاحب الخيط إخراج خيطه إذا لم يكن موجباً لهتك حرمة، وإلا لم يجوز لأن حرمة ميتاً كحرمة حياً.

ومنه يعرف الحال في أشباه ذلك، مثل جعل شيء طبي في القلب، أو في اليد والرجل المكسورتين، أو ما أشبه مما يتعارف في العمليات الجراحية الآن.

ومنه يعلم ما إذا أخذ جلدًا أو عظاماً أو عضواً من إنسان ورقع به إنساناً آخر، فإن كان إرجاعه إلى الإنسان الأول موجباً لتلف الإنسان الثاني أو نحو التلف لم يجوز، وكان ضامناً للقيمه، والقيمه إنما تعرف بالحكومة كما ذكرناه في كتاب الديات.

وإن لم يكن موجباً لتلف أو نحوه، حق للإنسان الأول إرجاعه إلى نفسه إذا كان عدمه شيئاً له، وإن أوجب شيئاً بالنسبة إلى الإنسان المجروح، إذ الأمر يدور بين شين المالك لهذه الأجزاء وبين شين غيره، والمالك أحق بعدم الشين.

مثلاً صلّم أذن إنسان وألصقها في مكان أذن إنسان ثان قد صلّمت أذنه، ولم يرض صاحب الأذن بهذا الترقيع، فإن له الحق في استرجاع أذنه، ولا يقال: إنه لا يجوز إيلاّم ذلك الإنسان المرقع، إذ يمكن رفع الألم بالبنج ونحوه.

أما إذا كان الإنسان غير محترم فى الخياطه أو الترقيع بأعضائه، فالظاهر أنه إذا كانت الخياطه ونحوها فيما إذا أراد سحب الخيط والجزء منه لا ينافى احترامه جاز ذلك.

أما إذا كان ينافى احترامه لم يجز، إذ لا يجوز التمثيل بغير المحترم أو تجريحه، وإنما الواجب مثلاً أو الجائر قتله، فالكافر الحربى والمرتد الذى يجوز قتله واللائط وما أشبه لا يجوز إيذاؤهم وجرحهم بغير الكيفيه الوارده من الشرع فى قتلهم، فإطلاق بعضهم غير المحترم فى قبال المحترم غير ظاهر الوجه.

وكيف كان، فقد علم مما تقدم أنه لا بأس بما ذكره المسالك بقوله: (الآدمى إن خيف من نزعه تلفه، أو غيره من المحذور المجوز للعدول إلى التيمم (١)) من المرض والشين لم ينزع وعلى الغاصب قيمته (٢).

أما ما أشكل عليه الجواهر بقوله: (بإمكان منع جعل مسوغ التيمم (٣)) عذراً فى عدم وجوب الرد هنا مطلقاً، وما عرفته من تكليف الغاصب بأشق الأحوال فى الرد وإن استلزم الضرر عليه والمشقه، فمع فرض أنه قد خاط به جرحه وكان فى نزعه مشقه لا يخشى منه التلف، وإن جاز التيمم (٤) لها، أو يخشى الشين من نزعه، يتجه تكليفه بذلك إلزاماً له بأشق الأحوال، لأنه هو الذى أدخل الضرر عليه باختياره الغصب الذى مقتضاه ذلك، واحتمال الفرق بين الضرر المالى وغيره لا دليل عليه، نعم قد يتجه ذلك مع الخوف على النفس الذى يسقط معه خطاب الرد (٥) انتهى.

غير ظاهر الوجه، إذ لا دليل بأن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال، وقد تقدم فى المسأله السابقه أن دليل «لا ضرر» محكم حتى فى المقام، فقوله: (لأنه هو

ص: ٢٠٦

١- فى الأصل: إلى القيمه

٢- مسالك الأفهام: ج ١٢ ص ١٧٨

٣- ربما الصحيح: مسوغ القيمه

٤- ربما الصحيح: جاز القيمه

٥- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ٨١

الذى أدخل الضرر عليه باختياره الغضب) محل منع، فإذا ذهب إنسان يعلم أنه يكون الماء عليه ضرراً في مكان باختيار نفسه وكان الذهب حراماً مثلاً، فهل يقال بأنه يتوضأ ويغتسل لأنه بنفسه اختار سلوك هذا المسلك.

إلى غير ذلك من الأمثلة التي فعل الإنسان مقدمه الضرر على نفسه عامداً عالماً عاصياً، لكنه إذا أراد أداء التكليف الشرعي تضرراً، فإنه لا وجه للقول بجوازها، ومسأله (غير باغ ولا عاد) خارج عما نحن فيه.

ومع ذلك فقد قال الفقهاء: بأنه إذا كان باغياً أو عادياً، وخاف من تلف نفسه فعل المحرم واجباً، وكان معاقباً بسوء اختياره، بينما لا يعاقب في غير الباغي والعادي.

نعم قول المسالك: (إنه إن خاط جرح نفسه فالضمان مستقر عليه، وإن خاط جرح غيره بإذنه وهو عالم بالغضب، قيل: كان قرار الضمان عليه، والأجود قراره على المباشر) انتهى.

غير ظاهر الوجه في فرعه الثاني، إذ لو كان غاصباً أطعم إنساناً طعام غيره، وكان ذلك الإنسان عالماً كان قرار الضمان على الذى أكل لا على الذى أطعم، وهنا كذلك فإنه وإن كان لمالك الخيط الرجوع إل كليهما على سبيل البدل إلا أن قرار الضمان على المجروح، لأنه هو الذى صرف مال الغير، وهل يقال: بأنه إذا أعطى دار زيد لعمره عالماً كان قرار الضمان على زيد لا على عمرو، وإقدام المباشر لا يوجب قراراً عليه.

لا يقال: «من أتلف»^(١) يشمل المباشر.

ص: ٢٠٧

لأنه يقال: كلاهما أتلغا، هذا بالمباشرة وهذا بالاستهلاك.

ثم قال المسالك: (وأما غير الآدمي فعلى ضربين:

أحدهما: غير المأكول، والحكم فيه كالآدمي، فإنه لا ينتفع به مع ذبحه.

والثاني: المأكول، فإن كان لغير الغاصب لم ينزع لحرمة روحه، وإن كان للغاصب فوجهان، إنه يذبح ويرد الخيط لإمكان الجمع بين الحقين وهو جائز الذبح، وأظهرهما وهو الذي يقتضيه إطلاق المصنف المنع كما في غير المأكول، لأن للحيوان حرمة في نفسه، ولهذا يأمر بالإنفاق عليه ويمنع من إتلافه بغير الذبح للأكل، فقد روى «أنه (صلى الله عليه وآله) نهى عن ذبح الحيوان إلا لأكله» (١) انتهى.

وفيه أولاً: إن غير المأكول أيضاً ينتفع به مع ذبحه، فالانتفاع بجلده وشعره ووبره وما أشبهه، وقد ذكرناه في كتاب الصيد والذباحه تبعاً لغير واحد من الفقهاء جواز ذبح الحيوان غير المأكول والانتفاع بما ينتفع به منه في غير المحرم شرعاً.

نعم يأتي هنا ما ذكرناه سابقاً من أنه فيما لم يكن ضرراً وإسرافاً، وإلا فلا يجوز حتى الذبح، مثلاً الأسد الذي يسوى مائه إذا ذبح لا ينتفع بأجزائه إلا بمقدار عشره فإنه ضرر، وكذلك إذا كان في مورد إسرافاً.

وثانياً: في المأكول إذا لم يكن إسراف وضرر وكان للغاصب ألزم بالذبح لأنه طريق رد الغصب، أما إذا كان أحد الثلاثة فلا، إذ قد تقدم أن الإسراف والضرر غير جائز، وإذا كان لغير الغاصب كان مقتضى سلطنته أنه لا يذبح حيوانه فيما إذا لم يكن عالماً بفعل الغاصب وعامداً بقبول ذلك، وإلا كان كالغاصب وحينئذ

ص: ٢٠٨

يرجع المغضوب منه إلى الغاصب في البدل، لا إلى من كان له الحيوان.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول الجواهر على المسالك: (وثانياً: بإمكان إلزامه بشراء ما يجوز ذبحه من الحيوان إذا كان للغير مأكولاً أو غيره مقدمه لذبحه ونزع الخيوط منه، وإن أدى ذلك إلى ضرر عليه، فضلاً عن إلزامه بذبح ما يجوز ذبحه من الحيوان الذي له، ودعوى حرمة لغير الأكل واضحة المنع) انتهى.

فإن فيه مواضع للتأمل والمنع.

وقد تبين مما تقدم مواضع النظر في كلام المحقق الرشتي والذي منه قوله: (وإن كان محترماً، فإن كان ذبحه شرعاً مأذوناً فيه لغرض الأكل ونحوه وجب، وإلا لم يجب بل لم يجز) انتهى.

إذ فيه: إن الإذن في الذبح شرعاً قد يكون مع الإضرار بالمالك وذلك مرفوع كما تقدم، بل قد اعترف هو بذلك في بعض المسائل السابقة.

قال في الجواهر: (وأما غير محترم من الحيوان وهو ما يصح إتلافه بغير التذكية كالخنزير والكلب العقور فلا يبالي بهلاكه ونزع الخيط منه، ويلحق بهما الكافر الحربى، بل والمرتد عن فطره، بل والزانى المحصن ونحوهم ممن هو غير محترم النفس).

وكذا لو عرض عدم احترامها برده ونحوها بعد الخياطه، واحتمال عدم الجواز باعتبار كون الحد وظيفه الإمام، وعدم جواز قتل المحارب في بعض الأحوال على بعض الأقوال، كما ترى، ضروره عدم كون ذلك من الحد، بل هو أخذ ماله المستلزم لموت غير محترم النفس، ونحوه يجرى في المحارب) انتهى.

وفيه مواضع للنظر.

إذ يرد عليه أولاً: إن الخنزير وإن كان لا يملك لكنه لا يجوز قتله، إلا إذا

كان وحشياً يخشى إفساده وإضراره من باب قتل المؤذى، وإلا فأى دليل على جواز قتل الحيوان مطلقاً، قرداً كان أو خنزيراً أو غيرهما، بل أدله المنع عن قتل الحيوان شامله للخنزير أيضاً.

وثانياً: إن الزانى والمرتد لا يجوز قتلهم بأى نحو كان، فقولته: (بل هو أخذ ماله المستلزم لموت غير محترم النفس) غير ظاهر الوجه كما تقدم.

وثالثاً: الكافر الحربى لا يجوز قتله إلا بإذن الإمام ونائبه لا مطلقاً.

ومنه ظهر وجه النظر فيما حكاه مفتاح الكرامه عن جمع، حيث قال: (أما الآدمى غير المحترم كالمرتد عن فطره، فالأقرب كما فى التذكرة والإيضاح أنه يجب إخراجه وإن خيف منه التلف. وبه جزم فى التحرير وهو فى محله، وتوقف فيه فى جامع المقاصد كالمصنف... وكذلك الحال لو طرأت الردة على الخياطه، وحكم الحربى حكم المرتد، نص عليه فى التذكرة) (1) إلى آخر كلامه.

ص: ٢١٠

١- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٢٨٩ ط الحديثه

(مسألة ٢٠): قال في الشرائع: (ولو حدث في المغصوب عيب مثل تسويس التمر، أو تخريق الثوب رده مع الأرش).

وقال في مفتاح الكرامه في شرح القواعد: (ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الأرش) ما لفظه: (يريد أنه إذا غصب شيئاً ثم غيره عن صفته التي هو عليها، مثل أن كان نقره فضربها دراهم، أو حنطه فطحنها، أو دقيقاً فعجنه، أو ثوباً فقطعه، لم يملكه إجماعاً كما في التذكرة في موضع منها، والمسالك وظاهر التذكرة في موضع آخر حيث نسبه إلى علمائنا، وظاهر السرائر في مسألة غصب الحب والبيض في موضع منها. وبالحكم صرح في الخلاف والمبسوط والغنيه والسرائر والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان، بل يرده مع الأرش إن نقص عند علمائنا كما في التذكرة)، إلى آخر كلامه.

وفي الجواهر: (بلا- خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، بل هو مقتضى وجوب رد المغصوب وضمن ما فات منه المستفاد من العقل والكتاب والسنة والإجماع).

هذا ولكن لا يبعد أن يقال: إن للمغصوب منه الخيار بين الاسترجاع والأرش وبين أخذ البدل.

وقد أشار إليه القواعد في جعل السمس شيرجاً، وذلك لما ذكره في باب خيار العيب والغبن من دليل «لا ضرر»، فإن الإنسان أحياناً لا يريد الشيء المعيوب وإن أخذ أرشه فتحمله عليه إضرار به، فلا ضرر يقتضى أن لا يكون الشارع حمله ما فيه ضرره، فإن الضرر لا يستلزم أن يكون ضرراً مالياً فقط، فإذا كان له قماش يريد أن يجعله لنفسه ثوباً فقطعه الغاصب قباً فإنه لا ينفعه،

وإن أعطى التفاوت لأنه لا يريد القباء، ولا يوجد من يشتريه منه ليشتري قماشاً جديداً ليقطعه ثوباً، فتحمله عليه ضرر عليه.

وكذلك في مثل تسويس التمر، فإنه ربما لا ينفعه التمر المسوس ولا يمكنه بيعه وتبديله ولو مع إعطاء التفاوت إلى التمر الصحيح لينتفع به، فتحمله عليه إضرار به، بل مقتضى هذا القول أنه له أن يأخذ القماش المقطع بدون تفاوت إذا لم يكن تفاوت، فلا ينفعه هذا القماش إطلاقاً مع أنه لا يشتري حتى يبدله بقماش ينتفع به، كما إذا لم يكن تفاوت بين القماش المقطع قباءً وبين القماش غير المقطع.

ومن الواضح أن الإجماع مستند إلى ما ذكره من الدليل، وقد عرفت ورود «لا ضرر» على ذلك الدليل.

أما قول الجواهر: (إنه يستفاد من العقل والكتاب والسنة) فغير ظاهر، لأن الكتاب والسنة قد تقدما، ولا دلالة فيهما حتى في مورد الضرر.

والعقل قاض بما ذكرناه لا بما ذكره، فالأقرب أن له الخيار بين الأخذ بلا أرش إذا لم يكن أرش، أو مع الأرش إذا كان أرش، وبين رده إلى الغاصب وأخذ بدله مثلاً أو قيمةً.

ومما ذكرناه بالإضافة إلى ما تقدم في بعض المسائل السابقة يظهر وجه النظر في كلام المحقق الرشتي حيث قال: (وجب على الغاصب أرش النقصان ورد الباقي من غير أن يملكه، سواء كان الأرش بقدر القيمة أم لا)، إذ قد عرفت هناك أنه من الجمع بين العوض والمعوض ولا وجه له.

وفي مفتاح الكرامه: (وحكى ابن جرير عن أبي حنيفة، أنه لو دخل لص دكان رجل فوجد

بغلاً وطعاماً ورحى، فصمد البغل وطحن الطعام ملك الدقيق، فإن انتبه صاحب الدكان كان للصل قتاله عن دقيقه، فإن أتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص(١).

أقول: كأن أبا حنيفة نظر إلى أنه لما طحن الطعام خرج عن كونه ملكاً لمالكه، وإنما تعلق بذمه اللص البدل، لكن هذا الكلام لا يلائم الصنائه، حيث قد عرفت أن مقتضى القاعده تخير صاحب الطعام بين الأخذ مع الأرش إذا كان هنالك أرش، وبين الانتقال إلى البدل، فلم يملك اللص الطعام بمجرد ذلك.

ثم إن الشرائع قال: (ولو كان العيب غير مستقر كعفن الحنطه، قال الشيخ: يضمن قيمه المغصوب، ولو قيل برد العين مع أرش العيب الحاصل، ثم كلما ازداد دفع أرش الزيادة كان حسناً).

واستدل الشيخ كما حكى عنه لمذهبه، بأنه مشرف على التلف ولو ترك بحاله لفسد فهو كأنه تالف.

أما القول المقابل للشيخ، كما ذكره الشرائع وحكى عن التذكرة والمختلف والإرشاد والإيضاح ومجمع البرهان وجامع المقاصد، فهو أن المالك يأخذه ويأخذ أرشه وقت الدفع، ثم كلما تجدد نقص فى المستقل رجع بأرشه حتى يستقر النقص.

وعن الأخير أنه قيده بما إذا لم يتمكن المالك من العلاج، فإن تمكن بسهولة ففيه تردد، ورد قول الشيخ بأنه ليس بتالف وإن كان قد يؤول إلى التلف، ثم إنه بعد ذلك احتمله قال: ويحتمل دفعه إلى الغاصب وأخذ البدل لأنه بمنزله التالف.

أقول: مقتضى القاعده فى هذه المسأله هو ما ذكرناه فى المسأله السابقه، وهو كتسوس التمر وتخرق الثوب، لأن الدليل فى كليهما واحد.

ص: ٢١٣

أما قولهم: بأنه كلما ازداد دفع أرش الزيادة، فيرد عليه ما ذكره الجواهر قال: (لكن قد يقال: إن الأرش الذى دفعه الغاصب إنما هو أرش عيب سار على معنى تقويم الحنطه صحيحه بكذا ومعيبه بالعيب المزبور بكذا، فهو كمال حق المالك، فلا وجه لضمان ما تجدد بعده، إذ هو حينئذ كرجوع المشتري على البائع بمثل العيب المزبور لو فرض سبقه أو حدوثه فى الثلاثه على وجه يكون ضمانه على البائع، ودعوى التزام ذلك فيه أيضاً واضحه المنع) انتهى. وهو كما ذكره فلا وجه له.

لكن لا يبعد أن يكون مرادهم أنه فيما إذا أخذ الأرش إلى ذلك الوقت لا الأرش الذى ذكره الجواهر، وإن كان مقتضى الأرش هو ما ذكره الجواهر لا ما ذكره، فلا نزاع معنوى بينهما.

وبذلك ظهر ما فى قول القواعد حيث قال: (ولو كان العيب غير مستقر، كما لو بلّ الحنطه حتى تعفنت أو اتخذ منها هريس، أو من التمر والسمن حلواءً، فإن مصير الهلاك لمن لا يريد، فالأقوى رد العين مع الأرش، وكما نقص شيئاً ضمنه، على إشكال ينشأ من حصول البراءة بدفع العين وأرش النقص، فيجوز أن يعانده المالك بعدم التصرف فيه إلى أن يتلف، ومن استناد النقص إلى السبب الموجود فى يد الغاصب) انتهى.

ثم إن المحقق الرشتى نقل فى المسأله ثلاثه أقوال:

القول الأول: للشيخ.

والثانى: للمحقق وأكثر من تأخر عنه، إلى أن قال:

(وثالثها: تقويم العين المشرفه إلى الهلاك، ودفع قيمه مع العين، نظراً

إلى حدوث العيوب المتجدده فى يد المالك، فلا وجه لتضمن الغاصب، وهذا الوجه ذكره فى المسالك وضعفه بأن وجوب رد الحاصل لا يقتضى كونه تمام الحق مع وجوب سبب الضمان الموجب للسرايه)، إلى آخر كلامه.

لكن الظاهر أن المسالك لم يذكر ذلك، فإن عبارته الموجوده هى هذه، قال: (وفى المسأله وجه آخر، وهو الاقتصار على دفع أرش النقص الموجود إلى حين دفعه، لأنه تمام الحق، ولا يجب غيره حينئذ فلا يجب شىء آخر بعد ذلك، ويضعف بأن وجوب الحاصل لا يقتضى كونه تمام الحق مع وجود سبب الضمان الموجب للسرايه) انتهى.

فإنك خبير بأن كلام المسالك إنما هو فى قبال قولهم: (كلما ينقص شيئاً فهو أيضاً مضمون) لا أنه قال دفع القيمه مع العين، كما ذكره المحقق الرشتى.

ثم إن المحقق المذكور قال بعد الأقوال الثلاثه: (ويمكن أن يفصل بأن يقال سرايه العيب الذى حصل من فعل الغاصب مضمونه عليه، باعتبار التسبب لا باعتبار اليد، وأما العيب السماوى فسرايته غير مضمونه، لأن العيب المتجدد ليس حدوثه حال كون العين فى يد الغاصب ولا مستند إلى فعله بل إلى عيب سماوى، ولا دليل على أن سرايه العيوب السماويه مضمونه عليه، بخلاف سرايه العيب الحاصل من فعله، فإن أدله التسبب يقتضى ضمانها على المسبب) إلى آخر كلامه.

وفيه: إن هذا ليس تفصيلاً فى المسأله، وإنما هو ضم شىء خارج عن المسأله إلى ما فى المسأله كما لا يخفى.

نعم بعد ذلك ذكر كلاماً تبعاً للمحقق الرشتى والشهيد الثانين وهو ما لا بأس به، قال: (إن إطلاق كلمات الأصحاب فى هذا المقام لا بد أن ينزل إلى العيب

غير المستقر الذي لا يتمكن المالك من علاجه، لوضوح أن سرايه العيب الذي يتمكن من إصلاحه غير مستند إلى العيب الأول الذي أحدث في يد الغاصب، لأن المالك بتركه الإصلاح أولى باستناد العيب إليه، وهذا ما قلناه في باب التخلل من أن تخلل الفعل الاختياري بين السبب وبين التلف يوجب سلب الاستناد العرفي إلى المسبب) إلى آخر كلامه، وهو جيد كما لا يخفى، والظاهر أن مراد الفقهاء أيضاً ذلك لا مطلقاً.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (قلت: يمكن منع عدم الضمان في الجرح، بل نفى الخلاف بعضهم عن الضمان لو جرحه فترك المداواه حتى مات، قال: لأن السرايه مع ترك المداواه من الجرح المضمون على الجراح. نعم لو فصد الفصاد مداواه لمرضه بأمر الطبيب فترك شده، أو ترك كل منهما شده حتى نزل الدم فمات، فخير الكتاب والتحرير والإرشاد والتلخيص أنه لا ضمان على الفصاد. واستشكل فيه الفاضل في القصاص من استناد الموت إلى سرايه الجرح، فهو كغيره من الجراحات التي يحمل المجروح مداواتها، وعلى كل حال فما نحن فيه من الأول) انتهى.

إذ لا وجه لذلك على ما عرفت.

قال في الشرائع: (ولو كان المغصوب بحاله رده، ولا يضمن تفاوت قيمه السوقيه).

وقال في المسالك: (كما لو غصب ما قيمته عشره ورده بحاله، وقد عادت قيمته إلى درهم، فإنه غير مضمون عند أكثر أهل العلم، لأن الفاتت رغبات

الناس لا شيء من المغصوب فإنه عينه موجوده، فالواجب ردها، وقد أتى به).

ونحوه في ذلك كلام القواعد قال: (ولو عادت قيمته بالإبلاء إلى خمسه ثم انخفض السوق فعادت قيمته إلى درهم، لزمه مع الرد الخمسه الناقصه بالإبلاء، ولا يغرم ما نقص بالسوق من الباقي).

ونقله مفتاح الكرامه عن التذكرة وجامع المقاصد أيضاً.

وقال في الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه بيننا، خصوصاً إذا فات القيمة ثم عادت إلى ما كانت وقت الغصب، نعم لو كان التفاوت بسبب نقصان في العين ضمن ذلك) انتهى.

لكن يرد عليه أن مقتضى القاعده ضمان التفاوت، فإذا غصبه وهو يسوى عشره ويريد المالك بيعه مما سبب إضرار المالك عرفاً حيث رده إليه وتسوى قيمته درهم، فإنه يلزم عليه رد العين مع تسعه دراهم، لأنه هو الذي أضّر المالك بهذا القدر، وأى فرق بين هذا وبين رده الجمد في الشتاء حيث اغتصبه في الصيف، أو رده الماء على النهر حيث اغتصبه في مكان شديد الحرارة للماء قيمه مرتفعه، وقد ذكرنا في مسأله غصب الحر ما ينفع المقام، كما ستأتى مسأله الماء والجمد.

قال في مفتاح الكرامه، عند قول العلامه: (ولا يكفي رفع يد المالك): (بل قد نقول: إنه يتجه الضمان إذا منعه من بيع متاعه في السوق، فنقصت قيمته مع بقاء العين وصفاتها لصدق الإضرار المنفى شرعاً) إلى أن قال: (والشاهد في بعض فتاواه حكم بالضمان في ذلك).

المثلي والقيمي

قال في الشرائع: فإن تلف المغصوب ضمنه الغاصب بمثله إن كان مثلياً.

وفي مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (وغير الحيوان يجب ضمانه بالمثل

إن كان مثلياً)، قال: (كما في الخلاف والمبسوط والوسيله والغنيه والسرائر والشرائع والنافع وسائر ما تأخر عنها إلى الرياض، وبه طفحت عباراتهم في أبواب المعاملات، بل وغيرها، يأخذونه في الجميع مسلماً، وفي جامع المقاصد الإجماع عليه، وفي ظاهر كشف الرموز وصريح الرياض نفى الخلاف فيه. وقال في غايه المراد: أطبق الأصحاب على ضمان المثلى بمثله، إلا ما يظهر من ابن الجنيدي، فإنه قال: إن تلف المضمون ضمن قيمته أو مثله إن رضی صاحبه، قال: ولعله يريد القيمي) انتهى.

وفي الجواهر عند قول المصنف المتقدم: (بلا خلاف معتد به أجده فيه، كما اعترف به بعضهم، بل هو من قطعيات الفقه كما يومي إليه أخذه مسلماً في سائر أبوابه).

وفي جامع المقاصد: (الإجماع عليه)، إلى أن قال: (لكن لم نعثر في شيء مما وصلنا من الأدلة عدا معقد الإجماع والفتاوى على المثلى والقيمي عنواناً فيرجع فيهما كغيرهما إلى العرف بعد انتفاء الشرع).

أقول: هناك نصوص وردت بلفظ المثل والقيمه، كما أن هناك مثل «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، ومثل «من أتلف مال الغير فهو له ضامن»^(١)، ومثل «الغصب كله مردود»^(٢)، فمن ألفاظ المثل قوله تعالى: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)^(٣).

ص: ٢١٨

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢

٢- الوسائل: ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤

٣- سورة البقره: الآيه ١٩٤

وقوله سبحانه: (وجزاء سيئه سيئه مثلها) (١).

وقوله تعالى: (وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به) (٢).

وعن زراره، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثم يجيء الرجل فيقيم البيئه على أنها جاريته لم يبع ولم يهب، فقال: «يرد إليه جاريته ويعوضه بما انتفع»، قال: كأن معناه قيمه الولد (٣).

وعن جميل بن دراج، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل اشترى جاريه فأولدها فوجدت الجارية مسروقه، قال: «يأخذ الجارية صاحبها، ويأخذ الرجل ولده بقيمته» (٤).

وعن زراره، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل اشترى جاريه من سوق المسلمين فخرج بها إلى أرضه فولدت منه أولاداً، ثم إن أباه يزعم أنها له، وأقام على ذلك البيئه، قال: «يقبض ولده ويدفع إليه الجارية، ويعوضه في قيمته ما أصاب من لبنها وخدمتها» (٥).

وعن جميل بن دراج، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثم يجيء مستحق الجارية، قال: «يأخذ الجارية المستحق، ويدفع إليه المبتاع قيمه الولد، ويرجع على من باعه بثمان الجارية وقيمه الولد التي أخذت منه» (٦).

ص: ٢١٩

١- سورة الحج: الآية ٦٠

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩١ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١

٥- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤

٦- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٩٢ الباب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥

وفى صحيحه أبى ولاد، قال: أكثرى بغلاً إلى قصر ابن هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت فى طلب غريم لى، فلما صرت قرب قنطرة الكوفه خبرت أن صاحبى توجه إلى النيل، فتوجهت نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد، فاتبعته فظفرت به ورجعت إلى الكوفه، إلى أن قال: فأخبرت أبا عبد الله (عليه السلام)، فقال: «أرى له عليك مثل كراء البغل ذاهباً من الكوفه إلى النيل، ومثل كراء البغل من النيل إلى بغداد، ومثل كراء البغل من بغداد إلى الكوفه وتوفيه إياه»، قال: قلت: قد علفته بدراهم فلى عليه علفه، قال: «لا لأنك غاصب»، فقلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمنى، قال: «نعم، قيمه بغل يوم خالفته»، قلت: فإن أصاب البغل كسر أو دبر أو عقر، فقال: «عليك قيمه ما بين الصحه والعيب يوم ترده عليه»، قلت: فمن يعرف ذلك، قال: «أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمه فتلزمك، فإن ردّ اليمين عليك فحلفت على القيمه لزمك ذلك، أو يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكثرى كذا وكذا فيلزمك» (١) الحديث.

وفى نوادر ما يتعلق بأبواب كتاب الغصب، من مستدرک الوسائل، عن دعائم الإسلام، عن أبى جعفر (عليه السلام) إنه قال: «إذا اغتصب الرجل أمه فهلكت عنده فهو ضامن لقيمتها، فإن كان قد وطأها فعلفت منه ثم استحقتها صاحبها فأخذها وهى حبلى فماتت من النفاس، فالغاصب ضامن لقيمتها» (٢).

وعن أمير المؤمنين (عليه السلام) إنه قضى فيمن قتل دابه عبثاً، أو قطع شجراً، أو

ص: ٢٢٠

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من نوادر كتاب الغصب ح ٢

أفسد زرعاً، أو هدم بيتاً، أو عور بئراً أو نهراً أن يغرّم قيمه ما استهلك وأفسد، وضرب جلدات نكالاً، فإن أخطأ ولم يتعمد ذلك فعليه الغرم ولا حبس ولا أدب، وما أصاب من بهيمه فعليه ما نقص من ثمنه»^(١).

وكذا ورد في جملة من الروايات ما يشبه هذين اللفظين:

مثل ما عن الدعائم، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «فيمن نال من رجل شيئاً من عرض أو مال وجب عليه الاستحلال من ذلك»، إلى أن قال: «وإن فوتها المغتصب أعطى العوض منها، فإن لم يعرف أهلها تصدق بها عنهم على الفقراء والمساكين، وتاب إلى الله عز وجل مما فعل»^(٢).

إلى روايات آخر تقدم بعضها:

مثل ما عن النبي (صلى الله عليه وآله) قال: «لا يأخذن متاع أخيه جاداً ولا لاعباً، من أخذ عصا أخيه فليردها»^(٣).

وروى الشيخ، عن الخلفاني، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) يوماً إذ دخل عليه رجلان من أهل الكوفة من أصحابنا، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أعرفتهما»، قلت: نعم هما من مواليك، فقال: «نعم الحمد لله الذي جعل أجله موالى من العراق»، فقال له أحد الرجلين: جعلت فداك إنه كان على مال لرجل ينسب إلى بنى عمار الصوارف بالكوفة، وله بذلك ذكر وحق وشهود، فأخذ المال ولم استرجع منه الذكر بالحق، ولا كتبت عليه كتاباً، ولا أخذت منه براءة، وذلك

ص: ٢٢١

- ١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من نوادر کتاب الغصب ح ٦
- ٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من نوادر کتاب الغصب ح ٢
- ٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ١ من نوادر کتاب الغصب ح ٦

لأنى وثقت به، وقلت له: مَرَّقَ الذكر بالحق الذى عندك، فمات وتهاون بذلك ولم يمزقها، وأعقب هذا أن طالبنى بالمال وراثته وحاكمونى، وأخرجوا بذلك الذكر بالحق، وأقاموا العدول فشهدوا عند الحاكم، فباع على قاضى الكوفه معيشه لى، وقبض القوم المال، وهذا رجل من إخواننا ابتلى بشراء معيشتى من القاضى، ثم إن ورثه الميت أقرّوا بأن المال كان أبوهم قد قبضه، وقد سألوه أن يرد على معيشتى ويعطونه فى أنجم معلومه، فقال: إني أحب أن تسأل عن أبى عبد الله (عليه السلام) عن هذا، فقال الرجل: جعلت فداك كيف أصنع،

قال: «عليك أن ترجع بمالك على الورثه، وترد المعيشه على صاحبها، وتخرج يدك عنها»، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبنى بغير ذلك، قال: «نعم، له أن يأخذ منك ما أخذت من الغله من ثمر الثمار، وكل ما كان مرسوماً فى المعيشه يوم اشتراها يجب أن ترد كل ذلك، إلا ما كان من زرع زرعته أنت، فإن للمزارع إما قيمه الزرع وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له وردّ عليك قيمه، وكان الزرع له».

قلت: جعلت فداك فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً وغرساً، قال: «له قيمه ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه»، فقلت: جعلت فداك أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال: «يرد ذلك إلى ما كان، أو يغرم قيمه لصاحب الأرض، فإذا ردّ جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها وردّ البناء والغرس وكل محدث إلى ما كان أو رد قيمه، كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه كل ما خرج عنه فى إصلاح المعيشه من قيمه

غرس أو بناء أو نفقه في مصلحه المعيشه، ورفع الفوائد عنها، كل ذلك فهو مردود إليه»(١).

وفي باب عدم جواز بيع الدين بالدين، عن محمد بن الفضيل، قال: قلت للرضا (عليه السلام): رجل اشترى ديناً على رجل، ثم ذهب إلى صاحب الدين فقال له: ادفع إليّ ما لفلان عليك فقد اشتريته منه، قال: «يدفع إليه قيمه ما دفع إلى صاحب الدين، وبرئ الذي عليه المال من جميع ما بقى عليه»(٢).

وفي بعض الروايات التعبير بأداء الحق، فعن جعفر بن محمد، عن آبائه، عن النبي (صلوات الله عليهم أجمعين) في حديث المناهي، إنه قال: «ومن مطل على ذى حق حقه وهو يقدر على أداء حقه، فعليه كل يوم خطيئه عشار»(٣).

إلى غيرها من الروايات الموجوده فى مختلف الأبواب.

وبذلك يعرف أنه فى الغضب يجب رد العين إن أمكن، لأنه هو ما أخذته اليد، فقوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»(٤)، معناه أداء نفس ذلك المأخوذ، ولأنه ملك لصاحبه إذ لم يتحول بسبب الغضب عن ملكيه صاحبه، فيلزم أدائه إليه لأن «الغضب كله مردود».

أما إذا لم يمكن رد العين فاللازم رد المثل فى المثليات، إذ المثل أقرب إلى مثله من قيمه، فإذا لم يمكن رد المثل تحول إلى قيمه، لأنه أقرب إلى

ص: ٢٢٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٢ من نوادر كتاب الغضب ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٠٠ الباب ١٥ من كتاب الدين والقرض ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٨٩ الباب ٨ من كتاب الدين والقرض ح ٢

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العاربه ح ١٢

الشيء المغصوب، وعليه فلا حق له في ردّ المثل أو قيمه ما دامت العين موجوده.

وإذا تلفت العين لا حق له في ردّ القيمة ما دام المثل موجوداً، كما لا حق له في ردّ شيء آخر، كما إذا غصب منه السكر فإنه لا حق له في إعطائه الشاي.

أما إذا لم يكن المثل موجوداً، كان اللازم ردّ القيمة، لا أن يرد بدل البغل مثلاً حماراً ولو بتلك القيمة، لأن الحمار ليس أقرب إلى البغل من القيمة، فإن العرف يرون أنه إذا لم يمكن المثل انتقل الأمر إلى القيمة، لا إلى شيء آخر يساويه في القيمة، وقد تكرر في الروايات السابقة لفظ القيمة.

ثم إن الصفات الموجوده في التالف بيد الغاصب على ثلاثة أقسام.

الأولى: ما يؤثر في المالىه ويتفاوت الأغراض، كالحنطه العراقيه والإيرانيه، والبيضاء والسوداء وما أشبهه، ولا شك في اعتبار هذه الصفات في المماثله.

الثانيه: ما لا يؤثر في المالىه ولا في اختلاف الأغراض، ككون العين المغصوبه مثلاً أصلها مال فلان، أو زرعت في بستان زيد لا في بستان عمرو أو ما أشبهه، فإن هذه الأمور لا اعتبار بها في المماثله عرفاً، ولا تختلف بها الأغراض، ولا إشكال في عدم اعتبار مثل هذه الصفات في باب المماثله.

الثالثه: ما يتفاوت بها بعض الأغراض دون بعض، وإن لم يكن فيها تفاوت عند عامه العقلاء، ولا تؤثر في المالىه، مثلاً الشاه يراد منها اللحم ونحوه، ولا يراد منها أن يكون له قرن أم لا، وهل تعتبر مثل هذه الصفات، الظاهر أنه لا

اعتبار بها، حيث إن العبرة عند عامه العقلاء في المماثلة، لا عند بعض خاص، ولعل أصاله عدم تعلق الخصوصية غير العقلانيه بالذمه هي المحكم، فإذا أصر المالك المغصوب منه على تلك الخصوصية لم يلزم استجابته، كما لا يلزم استجابته إذا طلب الخصوصية غير العقلانيه، كما تقدم في القسم الثاني.

قال المحقق الرشتي: (الخصوصيات على أقسام، منها ما يؤثر في الماليه ويبدل في مقابلها المال، كالحبشيه في العبد والبياض في الحنطه ونحوهما مثلاً، ومنها ما لا يؤثر فيها شيئاً، لكنه مما يتعلق به الغرض العقلاني، والمراد به ما يكون مرغوباً إليه عند آحاد العقلاء وبعض أشخاصهم، لا- عند عامتهم أو أكثرهم، فإن مثل ذلك يؤثر في جهه الماليه قطعاً، ومنها ما ليس كذلك ككون العين المغصوبه مثلاً أصلها مال فلان أو إرثاً من زيد أو نحو ذلك، فإن أمثالها أغراض سفهيه ليس لها محل في الشرع أصلاً، حتى أن اشتراطها في المبيع لغو جداً ولا يؤثر شيئاً.

ولا شبهه في اعتبار القسم الأول، كما لا شك في عدم اعتبار القسم الأخير، لأن المساواه العرفيه المطلوبه بين البدل والمبدل لا تفوت بفوت مثل هذه الأوصاف عرفاً، لما بها من عدم الواقع عند العقلاء، فصار غير معتن عند الشارع أيضاً.

والمراد باعتبار الأول في التدارك هو جعل كل واحد من تلك الخصوصية عنواناً كلياً، فيقال في التالف الحبشيه مثلاً: إن المستقر في ذمه الغاصب العبد الحبشيه، وهكذا سائر الخصوصية.

وفي مراعاة القسم الثاني إشكال، من أن القاعده المزبوره المقرره تعمّ الخصوصية والأوصاف الموجوده في التالف بأسرها كما ذكرنا، خرج منه

الأوصاف المتعلقة بها غرض المالك سفهاً تخصيصاً للأدله، ومن أن غير الأموال لا- يعوض بها شرعاً ولا يجرى فيها العقود المعاوضيه، فيكشف من أنه ليس لها بدل أيضاً في الشرع، والجمود على عموم القاعده المزبوره المستفاده من الأدله يقتضى الأول، إلا أن يظهر في وجدان الفقيه من مهارته المخرج) انتهى.

لكن قوله: (حتى أن اشتراطها في البيع لغو جداً ولا يؤثر شيئاً) فيه نظر، إذ لا وجه لعدم عموم دليل الشرط لمثل ذلك، ولا تلازم بين الأمرين حتى يقال: إذا لم يلزم مثل ذلك الوصف، لأنه ليس داخلاً في المثليه والعقلايه في باب الغصب ونحوه لا يلزم حتى إذا شرط ذلك.

ثم إننا قد ذكرنا سابقاً وجوب رد المثل أو قيمه، وإن كانت العين موجوده في مورد بدل الحيلوله والمسوس والمبتل وما أشبه.

ومما تقدم يظهر أن ما ذكره المقدس الأردبيلي فيما حكى عنه هو مقتضى القاعده، فإنه بعد أن أشكل فيما ذكره من تعاريف المثل قال ما محصله:

(إن تحقيقه مشكل جداً، وهو مبنى أحكام كثيره، والذي تقتضيه القواعد أنه لفظ عليه أحكام للإجماع والكتاب والسنة، وليس له تفسير في الشرع، وما ذكر مجرد اصطلاح فيمكن أن يحال إلى العرف، وهو كل ما يقال إن لهذا مثلاً عرفاً، يؤخذ به، فإن تعذر أو لم يكن أصلاً فالقيمه، بل ينبغي ملاحظه مثل المتلف فلا يجزى مطلق الحنطه عن الصنف الخاص المتلف، بل لا فرق بينها وبين الثوب، بل والفرس وغيرهما إذا كان لهما أمثال عرفيه) انتهى.

ولا يرد عليه ما ذكره الجواهر حيث قال: (لكن ذلك كله كما ترى مخالف

للإجماع بقسميه، بل ولما هو كضروري الفقه بين العامه والخاصه، فيمكن أن يقال بملاحظه ذلك وملاحظه الأمر بالقيمه في الحيوانات والمنافع والسفره الملتقطه في الطريق وكان فيها بيض ولحم وغيرهما، وغير ذلك مما ورد فيه الأمر بالقيمه وله أمثال عرفيه، أنه لا يراد المثل العرفي بل هو شيء فوق ذلك، وهو المماثله في غالب ما له مدخليه في ماليه الشيء، لا المماثله من كل وجه المتعذره، ولا- مطلق المثل العرفي الذي يطلق مع وجود جهه الشبه في الجملة، وهذا لا- يكون إلا- في الأشياء المتساويه المتقاربه في الصفات والمنافع، والمعلوم ظاهرها وباطنها. ومن هنا كان الحيوان قيمياً باعتبار أنه وإن وجد له مثل عرفاً، ولكن لم يعلم باطنه المختلف أشد اختلاف، وكذا الثوب بل والأرض التي فيها قطع متجاورات، والمنافع المختلفه كل الاختلاف باعتبار الاستيفاء، وفرض وجوب المثل المنطبق على المعنى المصطلح في بعض الأفراد لا يوافق قواعد الشرع، فلذا كان المدار على النوع بل الصنف) انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إنه لما أطلق المثل ولم يعين من قبل الشرع يلزم أن يكون المراد المثل العرفي، كما ذكره المقدس الأردبيلي، كسائر المواضع التي أطلق الشارع فيها المثل، أو الذي أطلق الشارع فيها موضوعاً ولم يحدده، فإن المرجع في فهم ذلك الموضوع العرف.

وثانياً: إنه لا- إجماع بقسميه مخالف لما ذكره المقدس الأردبيلي، فإن كثيراً من الفقهاء أطلقوا لفظ المثلي والقيمي، ولم يعلم أنهم أرادوا غير ما يفهم منهما عرفاً، وحتى أن تفسيرهم بالمثلي بما يتساوى قيمه أجزائه لا يدل على أنهم

يريدون شيئاً يخالف العرف، حتى يكون كما ذكره الجواهر هو شيء فوق ذلك.

ميزان المثلى

وثالثاً: إن ما فى بعض الروايات من الأمر بالقيمة فى الحيوان، كصحيحه أبى ولاد وما أشبهه، لا يمكن أن يستفاد منه قاعده كليه، بل لا يمكن أن يستفاد منه أن المراد بالقيمة القيمة فى مقابل المثل، فإن المثل والقيمة كل واحد منهما يطلق على الآخر، فيما إذا لم يكن هنالك قرينه على التقابل بينهما، وقد تقدم فى حديث الإمام الرضا (عليه السلام) إطلاق القيمة وإرادته المثل (1)، لأن ما ذكر فيه مثلى وليس بقيمى على الاصطلاح.

ورابعاً: إن كون الثوب والأرض من القيميات أيضاً محل إشكال وخلاف.

ولذا قال فى جامع المقاصد: إن الثوب مثلى، على ما نقله عنه مفتاح الكرامه.

وكيف كان، فمما يؤيد أن ليس مراد الفقهاء غير العرف فى المثلى والقيمى ما نقله مفتاح الكرامه عن الأستاذ بقوله: (لعل المراد التساوى المتعارف المعتد به عند أهل العرف، أى الذى يكون متساوى الأجزاء عرفاً يكون مثلياً، وغير المتساوى كذلك غير مثلى).

وما ذكرناه هو الذى استظهره السيد العاملى حيث قال فى أواخر كلامه: (وكيف كان، فالظاهر أن المدار فى هذه التعاريف على العرف، إذ ليس للمثل تفسير فى الشرع، والظاهر أن المعنى اللغوى غير مراد، فإن المثل لغه هو

ص: ٢٢٨

المشابه والمماثل في الجملة كما صرح به في مسأله لا يستوى، وقالوا: إن المراد المساواه بحسب العرف، لا من بعض الوجوه ولا من جميع الوجوه، فإن الأول موجود في الكل، والثاني موجب للاتحاد، والعرف إذا لم يتساهل ولم يتسامح قضى على الظاهر، إلى آخر كلامه.

أما قول الجواهر: (المعلوم ظاهرها وباطنها)، ففيه: إن مثل الحنطه أيضاً ليس معلوماً ظاهرها وباطنها، فإن أريد العلم بجميع الخصوصيات فلا يتوفر حتى في المثلى الذي ذكره، وإن أريد العلم في الجملة مما يعرفه أهل الخبره فذلك موجود حتى في الحيوان.

نعم قول المحقق الأردبيلي بعد ذلك: (إنه إن أريد التساوى بالكليات، فالظاهر عدم صدقه على شيء من المعرف، إذ ما من شيء إلا وأجزاؤه مختلفه في قيمه في الجملة، مثل الحنطه والشعير وجميع ما قيل إنه مثلي، فإن قفيزاً من الحنطه يساوى عشره، وآخر يساوى عشرين، وبالجملة التفاوت معلوم، وإن أريد التساوى في الجملة فهو في القيمي أيضاً موجود مثل الثوب والأرض ونحوهما، وإن أريد مقداراً خاصاً فهو حواله على المجهول) انتهى.

فيه: ما ذكرناه سابقاً من أن المثل على ثلاثه أقسام، والعرف يحكم بعدم الخصوصيه في مثل، والخصوصيه في مثل، وعدم المماثله المطلوبه في المقام في مثل، وقد أشار هو (قدس سره) في آخر كلامه إلى ذلك فقال ما حاصله: (كل شيء يكون له مثل في العرف يؤخذ بدلاً كالحنطه، ولا- يؤخذ كل حنطه بل الحنطه التي هي مثل ما أتلّفها عرفاً وقيمه، فتؤخذ الجيده بدل الجيده، ولا تؤخذ الرديئه بدل الجيده وبالعكس، بل إذا كان ثوب مثل ثوب آخر في لونه

وصورته وقيمته، بحيث لا يفرق أهل العرف بينهما كان مثلاً له، وكذلك الشأن في الملائق والمغارف والأشعار والأوبار ونحو ذلك) انتهى.

مع لزوم ملاحظه أن قوله: (تؤخذ الجيده بدل الجيده) لا يراد أيضاً مطلقاً، لأن الجوده أيضاً مختلفه، كما أن الرداءه أيضاً مختلفه. والحاصل: لزوم إحاله الأمر إلى العرف كما تقدم، فإن العرف هو المحكم في الموضوعات التي لم يتصرف الشارع فيها زياداً ونقصاً.

وقد عرفت وجود كلمه (المثل) وكلمه (القيمه)، بل وكلمه (ما أخذت) ونحو ذلك في الروايات، بل يمكن أن يقال: إنه لو لم تكن تلك الكلمات، أو قلنا بعدم دلالتها لزم الرجوع إلى ذلك أيضاً، فإن العرف يرون المثل ثم القيمه على التفصيل المتقدم، وحيث لم يتصرف الشارع فيما يراه العرف كان إضاءاً له، كما ذكروا مثله في باب المعاملات وغيرها.

وكيف كان، فقد قال في الشرائع في بيان تعريف المثلى: (وهو ما يتساوى قيمه أجزائه).

وقال في مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (وهو ما يتساوى قيمه أجزائه):

(كما في الخلاف والمبسوط والغنيه والسرائر والمسالك والنافع وكشف الرموز والتذكره والتحرير والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح، وفي الكفايه أنه المشهور. وقد زاد الشيخ وابن زهره وكذا المصنف في التذكره بعد التعريف المذكور التمثيل بقولهما: كالحنطه والشعير وغيرهما من الحبوب والأدهان، وما أشبه ذلك.

وعن التحرير: إنه ما تماثلت أجزاءه وتقاربت صفاته.

وعن الدروس والروضه: إنه المتساوى الأجزاء والمنفعه المتقارب الصفات.

وعن المسالك والكفايه: إن تعريف الدروس أقرب التعريفات إلى السلامه.

وعن غايه المراد: إنه ما تتساوى أجزاءه فى الحقيقه النوعيه.

وعن التذكره: إنه نقل (عن بعض فقهاء العامه تعريفه بأنه كل مقدر بكيلى أو وزن، وزاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلماً، لأن السلم يثبت بالوصف فى الذمه، وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه ببعض لتشابه الأصلين) (١).

ثم قال فى مفتاح الكرامه: (والمراد بتساوى قيمه أجزاءه تساوى قيمه أجزاء النوع منه كالحبوب والأدهان، فإن المقدار من النوع الواحد يساوى مثله فى القيمه، ونصفه يساوى نصف قيمته، وقد نقضوه بالثوب والأرض، فإن قيمه أجزاءهما متساويه وليسا مثليين، وفيه منع، فإن ذراعاً من الثوب أو الأرض قد يسوى درهماً، والآخر نصف درهم أو لا يسوى شيئاً، فإن حصلت المساواه عرفاً قلنا هما مثليان ولا مانع) (٢).

والظاهر أن الجميع أشاروا إلى شىء واحد، لا أن ما فى بعض عبائرهم تخالف ما فى البعض الآخر، وأتما هى اختلاف التعبيرات.

وقد قلنا سابقاً: إن المثلى عرفى، سواء قلنا بأن لفظ المثل ورد فى الشرع كما هو الظاهر، أو لم نقل بذلك، وإنما قلنا: بأن «على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه» ونحوه يستفاد منه المثل، وحيث إن الفقهاء من العرف فكلهم أشاروا إلى ذلك الشىء الواحد الذى فى أذهانهم، متخذين من العرف معياراً فيما ذكروه من التعريفات.

ص: ٢٣١

١- مفتاح ال كرامه: ج ١٨ ص ١٤١ ط الحديثه، عن تذكره الفقهاء: ج ٢ ص ٣٨١، الغصب فى الأعيان المالىه

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ١٣٨ _ ١٣٩ ط الحديثه

ولذا رجح الجواهر بعد قوله السابق الذى حكيناه عنه، وأوردنا عليه قائلاً: (وعلى كل حال، فقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا أن المثلى المصطلح هو الذى يمكن لعقلاء العرف الحكم بمثل له مساو، فيما له مدخلية فى ماليتة فى غالب صنفة، وما ليس كذلك فهو قيمى، ولو لأن المغضوب مثلى معيب ولم يكن فى غالب صنفة معيب كذلك، فيكون الحاصل أن المراد بالمثلى فى كلامهم هو الذى له مثل، بمعنى أنه مساو له فى جميع ما له مدخلية فى ماليتة من صفاته الذاتيه، لا العرضيه كالمكان والزمان على وجه يكون غالباً فى صنفة، وما عداه قيمى) (١).

ومما تقدم ظهر أنه ليس الاعتبار بالجنس والنوع والوصف فقط، بل يشمل أيضاً صنف الصنف، وصنف صنف الصنف.

ثم إن إشكالهم فى الثوب والآنيه ونحوهما بكونها قيميه وليست مثليه، الظاهر أنه إنما كانت فى الزمان السابق، حيث كانت تعمل هذه الأمور باليد، أما فى مثل أزممتنا حيث تعمل بالمكائن، فلا إشكال فى كونها مثليه.

وبذلك ظهر أن النقدين فى زماننا أيضاً مثلى، سواء كان من الذهب والفضه، أو النقود الورقيه وما أشبه، وإن استشكلوا فيهما بالنسبه إلى الزمان السابق حيث اختلاف السكه ونحوها، كما ظهر ممّا تقدم أن الأصل هو المثليه، وأن القيميه خارجه عن ذلك لا- بالإجماع والأخبار فحسب كما ذكره المحقق الرشتى، بل لأن مثل «الغصب كله مردود» ونحوه، إنما يفيد القيمى بعد تعذر المثليه أو تعسرهما.

اللهم إلا أن يريد بالأخبار أعم من ذلك، قال: (ولعل السر فيه لزوم الحرج الشديد والضيق الأكيد من الإلزام فيها لتعذر تحصيل مثل القيمى فى الغالب).

ص: ٢٣٢

أما قوله بعد ذلك: (ثم بعد وجدان البدل بصفات المبدل المشار إليها يتحقق التدارك، ولو لم يكن مساوياً له في المالىه، لأن نقصان المالىه فى هذا الفرض مستند إلى مختلف الرغبات غير المضمونه قطعاً، كما صرح به غير واحد)، إلى آخر كلامه.

فقد عرفت وجه النظر فيه، وأنه خلاف ظاهر الأدله المعبره للمثل أو الرد.

قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (فإن تعذر المثل المجبور بعد أن كان موجوداً حين تلف المغصوب، كما فى التذكرة والمسالك وغيرهما، ضمن قيمته أى المثل، بلا خلاف أجده فيه، بل قيل إنه إجماعى، لنفى الضرر وقبح التكليف بما لا يطاق والإضرار بتأخير الحق، فتعينت قيمه المزبوره جمعاً بين الحقين) انتهى.

وقال فى القواعد: (فإن تعذر فالقيمه يوم الإقباض لا الإعواز).

وفى مفتاح الكرامه: (أما أنه ينتقل إلى قيمه عند التعذر فهو مما طفحت به عباراتهم، بل هو إجماعى، وأما أنها تلزم يوم الإقباض لا-الإعواز، فمما صرح به فى الخلاف والمبسوط والغنيه والسرائر والتحرير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، وهو قضيه كلام من اقتصر على لزوم قيمه يوم الإقباض كالإرشاد وغيره، والحاصل إنى لم أجد مخالفاً منا فى ذلك) إلى آخر كلامه.

قلت: لأنه مكلف بالرد، فإذا لم يتمكن من الرد للمثل انتقل إلى قيمه، حيث إن قيمه أقرب إلى المثل عرفاً فى المغصوب ونحوه.

لا يقال: مقتضى القاعده رد الأقرب إلى المثل، وهو فى الحيوان حيوان مثله

مثلاً، فإذا تعذرت الشاه رد الصخله وبالعكس، وإذا تعذر الديقك رد الدجاجة وبالعكس، لا أن يعطى القيمه، كما ذكروا مثل ذلك فى الوقف والوصيه والنذر إذا تعذر المصرف بعينه، حيث قالوا بالانتقال إلى الأقرب.

لأنه يقال: ما ذكروه فى الأبواب الثلاثه لا ينظر به، لأنه من باب الارتكاز، وليس المقام من ذلك الباب، بل المقام من جهه أن الغاصب غصب من المغصوب منه شيئين عند التحليل: الجسم والروح، فإذا تعذر الجسم بقى الروح وهو القيمه، أما أن يجعل جسماً آخر فى ضمن ذلك الروح فلا وجه له، ولذا لو أراد الرد فى جسم آخر لم يجب على المغصوب منه القبول.

وبذلك جرت سيره العقلاء، بالإضافة إلى الروايات الوارده بدفع القيمه مما لها إطلاق، إلا ما خرج فى مثل المثلى، بل يصدق عرفاً على القيمه المثل إذا تعذر المثل، فيشملة مثل: (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١)، وغيره من أدله المثل، فهما مثلان، مثل أقرب ومثل أبعد، ولا يرجع إلى الأبعد ما دام الأقرب، أما إذا تعذر الأقرب فالمرجع الأبعد.

نعم يمكن أن يقال: إنه إذا كان المثل ممكناً فى وقت آخر، ولم يكن بقاءه فى ذمه الغاصب ضرراً عليه منفيماً بلاضرر، ولم يرض المغصوب منه بالقيمه، كان اللازم على الغاصب الصبر، حتى يتحصل المثل فيرده عليه.

ولذا قال فى الجواهر: (لكن قد يناقش فى كلامهم إن لم يكن إجماعاً، بأن ذلك لا يقتضى وجوب القبول على المالك لو دفع الغاصب، فإن له التأخير إلى حال التمكن من المثل، اللهم إلا أن يكون ذلك ضرراً على من عليه الحق،

ص: ٢٣٤

ولو باعتبار بقاء ذمته مشغوله، بناءً على أن مثله ضرر منفي أيضاً، وفيه تأمل.

أو يقال: إنه مقتضى قوله (عليه السلام): «المغضوب مردود»^(١)، بناءً على إرادته ما يشمل رد المثل أو القيمة من الرد فيه، فيكون ذلك تكليفاً للغاصب، فيجب القبول على من له الحق مع دفع الحق) انتهى.

ومثل ذلك يقال: في مورد بدل الحيلولة، فإنه إذا تمكن الغاصب من رد العين ولو بعد مده، كان للمغضوب منه الامتناع من أخذ بدله مثلاً أو قيمةً إلى وقت إمكان رد العين، لأن معنى «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(٢) أن اللازم أولاً وبالذات رد العين، فإذا لم يمكن رد العين رد المثل أو القيمة.

الاعتبار بيوم الإقباض

ثم إنك قد عرفت أن الاعتبار عند المشهور بيوم الإقباض، لا- يوم الإيعاز، وذلك لأن الشيء لما تلف وكان مثلياً تعلق مثله بالذمه، ولا يتحول المثل إلى القيمة إلا بقبض الطرف المغضوب منه.

ولذا قال في مفتاح الكرامه: (إن وجه ما عليه الأصحاب، أن الواجب في الذمه هو المثل، وعند إرادته التسليم ينتقل إلى القيمة لو تعذر المثل، ولو وجبت القيمة وقت الإيعاز لكان إذا تمكن من المثل بعد الإيعاز، ولم يسلم العوض لا يجزى تسليم المثل، لاستقرار القيمة في الذمه، والأصل بقاؤها، والتالي باطل) انتهى.

بل قد يقال: إن المعيار في القيمي أيضاً يوم الإقباض لا يوم التلف، إذ ظاهر «على اليد ما أخذت» أن نفس الشيء يتعلق بالذمه، فإذا كسر جوهر إنسان لا مثل

ص: ٢٣٥

١- الوسائل: ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من العاربه ح ١٢

له، أو ألقاه في البحر، فإنه يتعلق بدمته جوهر، فإذا كان ذلك الجوهر يوم التلف بمائه، ولكنه يوم الإقباض بألف، كان الواجب عليه أن يعطيه الألف، ولو انعكس بأن كان يوم التلف بألف وكان يوم الإقباض بمائه، وجب عليه إعطاء المائه، وهذا الوجه لا يخلو من قرب، وعليه فلا فرق في المثلى بين التعذر وقت الغصب، وبين التعذر الطارئ.

وعليه، فتقييد الجواهر عند شرح الشرائع قوله: (بعد أن كان موجوداً حين تلف المغصوب كما في التذكرة والمسالك وغيرهما) محل نظر، وما ذكره الجواهر من القيد ناقلاً عنهما هو ظاهر القواعد، وصريح المحكى عن جامع المقاصد، حيث فرق بين التعذر الابتدائي والطارئ بضمان القيمة في الأول والمثل في الثاني، فيكون الواجب في الأول مراعاة قيمه يوم التلف، وفي الثاني قيمه يوم الإقباض، وإن كان فرق بينهما بإمكان تسليم المثل في الثاني في برهه من الزمان، فيوجب استقراره في الذمه على وجه لا يرتفع بعد التعذر الطارئ ولو للاستصحاب، بخلاف الأول فإن تعذر المثل في الابتداء، أى في زمان التلف يمنع عن تعلق التكليف برده، فيمتنع استقراره في الذمه، فينتقل من حين التلف إلى القيمة ابتداءً.

ولذا قال المحقق الرشتي: (ولا فرق في ذلك بين تعذر الابتداء والتعذر الطارئ بعد يوم الغصب، بأن كان المثل موجوداً في برهه من الزمن ثم انعدم، لأن تلف المثلى حينئذ يكون من جملة الأسباب الموجبه لاستقرار المتلف في الذمه، من غير مدخلية للتعرض للتعذر والتيسر إلا في كيفية التدارك، كقرض المثلى في حال تعذر المثل، فإنه يوجب استقرار المثل في الذمه، وإن كان الخروج عن عهده بدفع القيمة).

إلى أن قال: (وما ذكره من الفرق فاسد، لأن تعذر التسليم إن كان

يمنع عن ثبوته فى الذمه فوجب الانتقال إلى القيمه من حين الإِـعواز الطارئ أيضاً، لا من حين الإِقباض، وإلا فلا مانع من ثبوت المثل فى الذمه فى التعذر الابتدائى أيضاً، وإن كان الخروج عن عهده بدفع القيمه) انتهى.

والعمده ما ذكرناه، وإلا فوجه رده لهم نقضى، وقد ذكر الشافعى وجوهاً عشره فى المسأله نقلها التذكرة، وذكرها الجواهر بقوله: (لا- أقصى القيم من يوم الغصب إلى يوم التلف، ولا- أقصى قيمته من وقت التلف المغصوب إلى الإِـعواز، ولا أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت الإِـعواز، ولا- أقصاها من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمه، ولا- أقصاها من وقت انقطاعه وإِـعوازه إلى وقت المطالبه، ولا- أقصاها من وقت تلف المغصوب إلى وقت المطالبه، ولا قيمته يوم التلف، ولا قيمته يوم المطالبه، ولا أنه إن كان منقطعاً فى جميع البلاد فالاعتبار بقيمته يوم الإِـعواز، وإن كان فى تلك البقعه فالاعتبار بقيمته يوم الحكم بالقيمه، بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بيننا) انتهى.

فإن كل تلك الوجوه لا وجه ظاهر لها، وإنما مقتضى القاعده ما ذكرناه من يوم الدفع.

نعم، قد ذكرنا سابقاً أنه لو تضرر المغصوب منه بسبب غصبه، ولم يكن ما دفعه يوم الإِقباض بقدر تضرره، لم يستبعد أن يكون ضامناً للتفاوت، مثلاً- أتلفه يوم الخميس وطلبه يوم الجمعة، وقيمه الضعف فلم يعطه إلا- السبت حيث قيمته النصف، فإنه لا يستبعد أن يكون ضامناً للنصف الآخر، لقاعده «لا ضرر» على التقريب الذى ذكرناه فيما سبق، وذكره فى خيارى العيب والغبن.

بل وكذا الحال فيما فاته ربحه المضاربى، كما ذكرنا مثله فى مسأله غصب

الحر، وإن كان الفقهاء لا يقولون بذلك، لكنه مقتضى الصنائه حسب القواعد الاقتصادية.

ومنه يعلم حال رد المثل، لكنه كان التأخير سبباً لضرره باعتبار التنزل الذى حصل، ولعله لما ذكرناه كان المحكى عن الإيضاح أن الأصح ضمانه أقصى القيم من وقت الغصب إلى وقت دفع القيمة، وإن قال فى الجواهر: لم نعرفه لغيره.

قال فى مفتاح الكرامه: والمراد بتعذر المثل أن لا- يوجد فى ذلك البلد وما حوالبه كما فى التذكرة، وقد استظهر فى جامع المقاصد أن المرجع فيه إلى العرف.

ونحوه ما فى المسالك والكفاه من وصفه بكونه مما ينقل إليه عادة، كما ذكره فى انقطاع المسلم فيه، وقد يقال: إن مقتضى الأصل والغصب لزوم تحصيل المثل، ولو من البلاد النائية التى لا ينقل منها عادة ما لم يستلزم التكليف بالمحال، فتأمل.

وفى التحرير: (لو وجد المثل بأكثر من ثمن المثل، فالوجه وجوب الشراء) انتهى.

ونحوه ما فى الجواهر، وكأنه أخذه منه، ومقتضى القاعده أن المعيار رد المثل إذا لم يكن ضرراً أو حرجاً، وإلا فالضرر والحرج يرفعان التكليف حسب الآيه والروايه، من غير فرق بين المغصوب وغير المغصوب.

ومنه يظهر أن تعليق الجواهر على كلام التحرير المتقدم بقوله: (وفيه: إنه مناف لما دل على نفي الضرر والحرج فى الدين والخروج عنه فى خصوص

رد العين المغصوبه لا يقتضى الخروج عنه فى مثلها، فالمتجه جعل المدار على ذلك) انتهى.

محل تأمل، إذ قد تقدم أن رد العين المغصوبه أيضاً مقيد بلا ضرر ولا حرج لإطلاقهما، ولا دليل على أن الغصب يوجب الخروج عنهما.

ومما تقدم ظهر وجه قول الشرائع: (ولو أعوز فحكم الحاكم بالقيمه فزادت أو نقصت، لم يلزم ما حكم به الحاكم، وحكم بالقيمه وقت تسليمها، لأن الثابت فى الذمه ليس إلا المثل) انتهى.

وذلك لوضوح أن حكم الحاكم لا يغير الواقع، وإنما هو لبيان قدر الاستحقاق فى ذلك الوقت، فلو دفع انتهى.

أما لو لم يدفع فالمثل باق فى الذمه، فلو زاد أو نقص وجب على ذلك على ما ذكره، وإن كنا قد تأملنا فيه فيما لو زاد ثم نقص، أو نقص بدون زياده، حيث قلنا باحتمال وجوب الأكثر.

كما أنه ظهر مما تقدم أنه لو كان قيمياً ثم صار مثلياً فاللزام المثل، حيث قلنا سابقاً إنه حتى فى القيمي مقتضى القاعده تعلق نفس العين بالذمه، وإنما تنتقل إلى القيمه فى وقت الدفع.

قال فى مفتاح الكرامه: وفى التحرير والتذكره والكتاب فيما يأتى، والدروس وجامع المقاصد والمسالك وغيرها: (إنه لو قدر على المثل بعد دفع القيمه لا- يجب رد القيمه، لأنها إنما رجعت لتعذر المثل وهو باق، بخلاف ما لو قدر على العين بعد أداء القيمه، لأن القيمه ليست بدلاً عن العين حقيقه، وإنما هى مأخوذه للحيلولة، ثم إن العين عين حقه والمثل بدل، ولا- يلزم من تمكينه من

الرجوع إلى عين حقه تمكينه من الرجوع إلى بدله) انتهى.

وهو كما ذكره، إلا أن في بدل الحيلولة إنما يصح ما ذكره إذا أعطى بدل الحيلولة، لا إذا أعطى عوضاً، فإنه إذا أعطى عوضاً صار المبدل منه ملكاً للباذل للبدل، فلا رجوع لصاحب المبدل منه إلى العين بعد حصوله.

ثم إن مقتضى قوله تعالى: (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (١) وغيره من الأدلة اللفظية أو العرفية التي لم يغيرها الشارع _ حيث إن موضوع الغضب والرد من المواضيع العرفية التي حكم عليها الشارع، فإذا لم يغير الموضوع فيهما كان مقتضى القاعده الرجوع في العرف فيهما _ ملاحظه الزمان والمكان والخصوصيه.

مثلاً- إذا غضب منه الماء على النهر حيث يسوى فلساً، لا حق للمالك مطالبته بقدر ذلك الماء في المدينة، حيث يسوى درهماً، وكذلك العكس إذا غضب منه الماء في المدينة حيث يسوى درهماً، لا يصح له إعطاؤه الماء على النهر حيث يسوى فلساً.

وهكذا بالنسبه إلى الزمان، فإذا غضب منه في الشتاء حيث الرخص بالنسبه إلى الملابس الصيفيه، لا يحق للمالك المطالبه منه في الصيف حيث الغلاء لها، وكذلك بالعكس.

وهكذا بالنسبه إلى الخصوصيات، مثلاً- غضب منه حيث لا جائر، وفي نفس الزمان والمكان يريد رده حيث الجائر، فإذا أعطاه الغاصب ماله غضبه الجائر أو السارق أو الحيوان المفترس افترس شاته مثلاً، فإنه لا حق له في إعطائه، وكذلك العكس لا حق للمالك في المطالبه منه فيما إذا أعطاه الغاصب عرف الجائر أن للغاصب مالاً فألجأه إلى أخذ المال منه، أو رأى السارق صرته

ص: ٢٤٠

فسرقها، أو ما أشبه ذلك، فإن الحق من الطرفين.

فليس المعيار على التساوى أو الأكثرية أو الأقلية، وإنما المعيار على المثليه عرفاً، مثلاً غصب منه ديناراً فى النجف الأشرف وأراد إعطائه فى مكه، فإن الدينار هنا وهناك وإن كانت قوته الشرائيه متساويه، إلا أن المغصوب منه لا يمكنه إرجاع الدينار إلى بلده، ولا يفيدته هناك، فإنه ليس للغاصب أن يعطيه بإجبار، وإنما للمالك أن لا يأخذ منه، ويقول: إنما غصبت منى الدينار فى النجف، فردّ على الدينار هناك.

وأوضح منه أنه لو غصب منه الدينار فى مكان له قيمه، وأراد رده إليه فى مكان لا قيمه له، لأن الحكومه تمنع من إخراج الدينار من البلد، ولا- قيمه للدينار فى ذلك البلد، فإنه لا يحق للغاصب إرجاعه إليه بعنوان أنه رد للمغصوب، ولو كان نفس الدينار الذى غصبه، فإنه لا يكون رداً للمثل أو القيمه أو العين المأمور به.

ومنه يعلم حال ما إذا كان فى بلد تضخم وفى بلد لا تضخم فيه، أو فى بلد تنزل وفى بلد لا تنزل فيه، فإن اللازم الدفع إليه مع ملاحظه التساوى فى القوه الشرائيه، مثلاً- إذا غصب منه ألف تومان فى الكويت، وقوه الألف فى الكويت نصف قوه الألف فى إيران، فإنه إذا أراد أن يرجعه إليه فى إيران إنما له الحق فى أن يرجع نصف الألف، أى خمسمائه تومان، لأن ألف تومان الكويت يساوى خمسمائه تومان فى إيران، مثلاً لنفرض أن الألف فى الكويت يعطى به بطانيه، والخمسمائه فى إيران يعطى به بطانيه.

وكذا لو انعكس بأن غصب منه خمسمائه فى إيران، فإنه إذا أراد أن

يعطيه في الكويت يجب أن يعطيه ألف، لأن ألف الكويت يساوي الخمسمائة في إيران على ما تقدم.

ولا يخفى أن القوة الشرائية التي يعبر عنها بالتضخم والتنزل والتساوي غير الفرق التجاري، كما أنهما غير مسألة الكمارك التي تأخذها الحكومات الظلمه، ومسألة ما لو كان إخراج الجنس أو إدخاله يوجب ضرراً على البلد، فإن هذه مسائل أربع لكل مسألة حكمها، كما ذكرنا تفصيله في بعض كتبنا الاقتصادية، وبعض المباحث الفقهية الأخر.

وبذلك يظهر وجه النظر في كثير من الكلمات، مثل ما ذكره الجواهر قال: ولو أتلّف الغاصب مثلياً، وظفر به المالك في غير مكان الإتلاف، فعن ابن إدريس: إن له إلزامه به في ذلك المكان، وإن كان هو أعلى قيمة من مكان الغصب، وكان حمله يحتاج إلى مؤنه، قال: لأنه الذي يقتضيه عدل الإسلام، والأدلة وأصول المذهب.

ووافقه الفاضل وولده والشهيد والكركي، لأن وجوب ردّ المظلمه فوري، ولا تراعى مصلحه من حقه أن يؤخذ بأشق الأحوال.

لكن عن المبسوط ما حاصله: إنه إذا اختلفت قيمه، فللمالك قيمته في بلد الغصب، أو يصبر حتى يصل إليه ليستوفى ذلك للضرر المنفى، ونوقش بمنافاته لفوريه الحق، وبأن تأخير الأداء وردّ المظلمه ضرر على المالك، والضرر لا يزال بالضرر، بل قيل: إذا تعارض الضرران فالترجيح لنفى ضرر المالك، إذ الضرر المنفى إنما هو من شرع الحكم، والغاصب هنا أدخله على نفسه، مضافاً إلى أنه يؤخذ بأشق الأحوال.

إلى أن قال: بل قد ينقدح من

ذلك أن على الغاصب ضمان المثل، وإن خرج بالزمان أو المكان عن التقويم.

كما لو أتلّف عليه ماءً في مفازه ثم اجتمع على نهر، أو أتلّف عليه جمداً في الصيف ثم اجتمع في الشتاء، وإن ذكر فيه القواعد احتمالين: ثانيهما أن عليه قيمة المثل في تلك المفازه أو الصيف من دون ترجيح.

بل في الدروس قوة الاحتمال الثاني، بل لعله خيره الفخر، بل هو خيره الفاضل في التذكرة، بل في جامع المقاصد نسبتته إلى اختيار الأصحاب وغيره، وأنه لا محيص عنه، وإن كنا لم نعرّض له بالخصوص غير من عرفت.

لكن قد عرفت أن الثابت في ذمته المثل، كما هو مقتضى إطلاق الفتاوى ومعقد الإجماع والمكان والزمان لا مدخلية له في حقيقته المثلية، وقاعده الضرار مشتركه بينه وبين المالك، وأخذه بأشق الأحوال إنما هو في ردّ العين المغصوبة، لا المثل.

ولذا صرح في جامع المقاصد: (بل لعله ظاهر غيره أيضاً بعدم ضمانه غير المثل لو بقي له قيمة في الجملة في غير المكان المزبور، وإنما ذاك حيث لا يكون له قيمة، على أن المتجه بناءً على ذلك ضمانه المثل في أقرب الأماكن والأزمنة إلى النهر والشتاء، لا قيمته في ذلك المكان والزمان)، إلى آخر كلامه.

حيث قد عرفت مواقع النظر فيه وفي كلام غيره، وقد نقل أغلب ما ذكره من المنقولات عن مفتاح الكرامه فراجعهما.

ثم إن الشرائع قال: (وإن لم يكن مثلياً ضمن قيمته).

وقال فى الجواهر: (بلا خلاف معتد به فى ذلك هنا، نعم تقدم للمصنف فى كتاب القرض ضمان القيمى بمثله، وقد سمعت الكلام فيه هناك) انتهى.

أقول: قد تقدم المناقشه فى أمثالهم بالقيميات وقلنا: إن مقتضى القاعده أن ميزان المثلى والقيمى هو ما يراه العرف مثلياً أو قيمياً، فالحيوان والإناء وما أشبه عرفاً من المثليات لا من القيميات إلا نادراً، خصوصاً الأواني والأقمشه والأحذيه فى عصرنا الحاضر، حيث إنها تصنع بالمكائن مما لا يشك العرف فى أنها مثليه.

ويؤيده ما فى أخبار العامه، عن عائشه، قالت: صنعت حفصه أو صفيه طعاماً فبعثت بها إلى رسول الله (صلى الله عليه وآله)، فأخذنى الأفكل فكسرت الإناء، فقلت: يا رسول الله ما كفاره ما صنعت، فقال: «إناء مثل الإناء، وطعام مثل الطعام»^(١).

وعن أنس: إن امرأه كسرت قصعه أخرى، فدفع النبى (صلى الله عليه وآله) قصعه الكاسره إلى صاحبه المكسوره وجبس المكسوره فى بيته^(٢).

فلا داعى إلى حمل الجواهر الأخير منهما على علم النبى (صلى الله عليه وآله) بحصول الرضى.

كما أن مقتضى الجمع بين صحيح أبى ولاد ونصوص عتق الشريك، وبين مثل (فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم)^(٣) وما أشبه، أن القيمه من باب المثال، لا أن القيمه من باب الخصوصيه وأن الحيوان والعبد قيمي لا محاله.

ص: ٢٤٤

١- انظر سنن أبى داود: ج ٢ ص ٢٦٧

٢- أنظر سنن البيهقى: ج ٦ ص ٩٦

٣- سوره البقره: الآيه ٩٦

فقد روى الشيخ فى التهذيب، صحيحاً عن أبى ولاد، قال: أكثرىت بغلاً إلى قصر بنى هبيرة ذاهباً وجائياً بكذا وكذا، وخرجت فى طلب غريم لى، فلما صرت قرب قنطره الكوفه خبرت أن صاحبى توجه إلى نحو النيل، فتوجهت إلى نحو النيل، فلما أتيت النيل خبرت أنه توجه إلى بغداد، فأتبعته وظفرت به وفرغت مما بينى وبينه ورجعت إلى الكوفه، وكان ذهابى ومجيئى خمسـه عشر يوماً، فأخبرت صاحب البغل بعذرى وأردت أن أتحلل منه فيما صنعت وأرضيه، فبذلت له أحد عشر درهماً _ وفى نسخه: خمسـه عشر درهماً _ فأبى أن يقبل، فتراضينا بأبى حنيفه، وأخبرته بالقضيه وأخبره الرجل، فقال: ما صنعت بالبغله، قلت: قد دفعته إليه سليمان، قال: نعم بعد خمسـه عشر يوماً، قال: فما تريد من الرجل، قال: أريد كراء بغلى فقد حبسه على خمسـه عشر يوماً، فقال أبو حنيفه: إنى ما أرى لك حقاً، لأنه أكثراه إلى قصر بنى هبيرة فخالف، فركبه إلى النيل وإلى بغداد فيضمن فيه البغل وسقط الكراء، فلما ردّ البغل سليمان وقبضته لم يلزمه الكرايه.

قال: فخرجنا من عنده، وأخذ صاحب البغل يسترجع، فرحمته مما أفتى به أبو حنيفه، وأعطيته شيئاً وتحللت منه وحججت تلك السنه، فأخبرت أبا عبد الله (عليه السلام) بما أفتى به أبو حنيفه، فقال (عليه السلام): «فى مثل هذا القضاء وشبهه تحبس السماء ماءها وتمنع الأرض بركاتهما»، فقلت لأبى عبد الله (عليه السلام): فما ترى أنت جعلت فداك، قال: «أرى له عليك مثل كرى البغل ذاهباً من الكوفه إلى النيل، وذاهباً من النيل إلى بغداد، ومثل كرى البغل من بغداد إلى الكوفه وتوفيه إياه».

قال: قلت: جعلت فداك قد علفته بدراهم، فلي عليه علفه، قال: «لا، لأنك غاصب»، قلت: أرأيت لو عطب البغل أو نفق أليس كان يلزمني، قال: «نعم قيمه بغل يوم خالفته»، قلت: فإن أصاب البغل عقر أو كسر أو دبر، قال: «عليك قيمه ما بين الصحنه والعيب يوم ترده عليه»، قلت: فمن يعرف ذلك، قال: «أنت وهو، إما أن يحلف فيلزمك، وإن رد عليك اليمين فحلفت على القيمه لزمك ذلك، أو يأتي صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل حين أكثرى كذا وكذا فيلزمك» الخبر(١).

ويؤيد عدم إرادته القيمه بخصوصها في مقابل المثل، وأنه من باب المثل حيث إن العرف في هذه الموارد يطلقون تاره القيمه وتاره المثل، قوله (عليه السلام) قبل ذلك: «أرى له عليك مثل كرى البغل»، حيث إنه أتى بلفظ المثل، مع وضوح أن المراد أجره البغل لا مثل أجره البغل.

وكيف كان، فقد ورد في روايات عتق الشريك حصته من العبد والأمه أيضاً لفظ القيمه، كصحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: «إن ذلك فساد على أصحابه فلا يستطيعون بيعه ولا مؤاجرتة»، فقال: «يقوم قيمه فيجعل على الذى أعتقه عقوبه، وإنما جعل ذلك عليه عقوبه لما أفسده»(٢).

وفى روايه محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «من كان شريكاً فى عبد أو أمه، قليل أو كثير فأعتق حصته ولم يبعه، فليشتره من صاحبه فيعتقه كله،

ص: ٢٤٦

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح ١

٢- الوسائل: ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٥ من أبواب العتق ح ١

وإن لم يكن له سعه من مال نظر قيمته يوم أعتق، ثم يستسعى العبد في حساب ما بقى حتى يعتق»(١).

وعن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في عبد كان بين رجلين فحرر أحدهما نصفه وهو صغير، وأمسك الآخر حتى كبر الذى حرر نصفه، قال: يقوم قيمه يوم حرر الأول»(٢) الحديث.

وعن سماعة، قال: سألته عن المملوك بين شركاء فيعتق أحدهم نصيبه، فقال: «هذا فساد على أصحابه، يقوم قيمه ويضمن الذى أعتقه، لأنه أفسده على أصحابه»(٣).

وعن حريز، عن أخبره، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سأل عن رجل أعتق غلاماً بينه وبين صاحبه، قال: «قد أفسد على صاحبه، فإن كان له مال أعطى نصف المال» الحديث.

إلى غير ذلك من الأحاديث فى هذا الباب(٤).

وربما يؤيد ما ذكرناه ما رواه الوسائل فى باب أن الأصل فى الناس الحرية، عن الهاشمى، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل حر أقر أنه عبد، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «تأخذه بما قال، أو يؤدى المال»(٥). فإنه يدل على أن المال والعبد متساويان.

نعم إذا لم يكن للشىء المغضوب مثل عرفاً وصلت النوبه إلى قيمه، فتأمل.

ص: ٢٤٧

- ١- الوسائل: ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ٣
- ٢- الوسائل: ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ٤
- ٣- الوسائل: ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ٥
- ٤- الوسائل: ج ١٦ ص ٢٣ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ١١
- ٥- الوسائل: ج ١٦ ص ٣٤ الباب ٢٩ من أبواب جواز العتق ح ٥

وكيف كان، ففى القيمى الذى هو مقابل المثلئ الذى عرف بما لا- يكون لعقلاء العرف طريق إلى إحراز مساواه أفرادها فى الصفات والخصوصيات، اختلفوا فى القيمه الواجبه على الغاصب إذا تلف، إلى أقوال:

أحدها: ما نسبه الدروس إلى أكثر الأصحاب، وهو ضمان قيمه يوم التلف.

وثانيها: ضمان قيمه يوم الغصب، وقد نسبه المحقق فى الشرائع إلى الأكثر.

وثالثها: ضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف، وهو قول جماعه كثيره من الأصحاب.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (وغير المثلئ يضمن بالقيمه يوم الغصب على رأى، وأرفع القيم من حين الغصب إلى حين التلف على رأى)، قال: (أما القول الأول: فهو خيره المقنعه والمراسم والمبسوط والنهائيه فى موضع منهما، والنافع وكشف الرموز، وكأنه مال إليه فى الإرشاد، وفى الشرائع والتحرير أنه مذهب الأكثر).

قال: (وأما قول أرفع القيم فهو خيره الخلاف والمبسوط والنهائيه فى موضع منهما، والوسيله والغنيه والسرائر والإيضاح واللمعه والمقتصر والتبصره على إشكال).

وكذا شرح الإرشاد للفخر، وفى بيع المختلف نسبه إلى علمائنا، وفى غصبه أنه أشهر، واستحسنه فى الشرائع، وكأنه قال به أو مال إليه فى الكفائيه).

وفى المسالك: (إن فى خبر أبى ولاد ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين)، وكأنه قال به وقواه فى الروضه أيضاً.

أما القول بأنه حين التلف، فى مفتاح الكرامه أنه خيره الكتاب فى آخر باب البيع، والتذكره والمختلف والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمحكى عن القاضى وفى الدروس، وكذا الروضه نسبته إلى الأكثر، وقد يظهر من النافع أنه ليس قولاً لأحد، وإنما هو مجرد وجه.

ثم إنه استدلل للقول الأول، الذى تقدم عن الدروس نسبته إلى أكثر الأصحاب بضمان يوم التلف: بأن التلف إنما أوجب اشتغال الذمه بالبدل المتصف بالبدليه بالفعل، والبدل الفعلى ليس سوى قيمه يوم التلف، لأن القيم المفروضه فى الأزمنه المتقدمه والمتأخره كلها أبدال فرضيه، بعضها لعدم تحقق شرط الضمان الذى هو شرط صيروره القيمه بدلاً، نظراً إلى منافاه اتصاف الشىء بالبدليه مع كون مبدله موجوداً، وبعضها لعدم حصول زمانه الذى يعتبر فى وجوده الفعلى أيضاً، حيث إن يوم التلف قبله الواجب على الغاصب رد العين فلم ينتقل إلى البدل، وبعده قد انتقل العين إلى البدل بالتلف، فلا وجه لأن يكون ذلك البدل بعد يوم التلف بدلاً.

ويرد عليه: إن بالتلف انتقل المغصوب إلى الذمه من الخارج، فلا وجه لانتقاله إلى البدل، فلا يصح قولهم: إنه انتقل إلى البدل وهو القيمه.

واستدل للقول الثانى: بأن يوم الغصب أول وقت دخول العين فى ضمان الغاصب، والضمان ليس بالمثل، إذ المفروض أنه لا مثل له، وإنما هو بالقيمه فيقضى بالضمان من حين دخول العين فى ضمان الغاصب، كما ذكره المسالك وغيره.

وقد وجهه المحقق الرشتي بمقاييسه المسألة بضمان الحيلولة، فإن ضمان الحيلولة إذا كان مستنداً إلى فوات سلطنه المالك على ماله، على أن يكون البديل بدلاً عنها لا عن العين، فهذا المستند بعينه موجود مع عدم الحيلولة، إذ العبرة في فوات السلطنة بعجز المالك عن التصرف لا عجز الغاصب عن التسليم، فكما أن الحيلولة سبب لاشتغال ذمه الحائل، كذلك الغصب سبب لاشتغال ذمه الغاصب، والجامع تفويت السلطنة دون تلف العين.

هذا بالإضافة إلى ما تقدم في صحيحه أبي ولاد من قوله: رأيت لو عطب البغل أو نفق، أليس كان يلزمني، فقال الصادق (عليه السلام): «نعم، قيمه بغل يوم خالفته»^(١).

بل يمكن أن يستدل لهذا القول أيضاً ببعض الروايات المتقدمة فيمن أعتق مملوكاً له فيه شريك، كقوله (عليه السلام): «نظر قيمه يوم أعتق»، وقوله (عليه السلام): «يقوم قيمه يوم حرر»^(٢).

ويرد على أول الوجهين: إن دخول العين في ضمان الغاصب ليس معناه أنه إذا تلف يكون الضمان بقيمه يوم الغصب، بل معناه أنه ضمنه في قبال ما إذا كان لم يضمه، حيث يكون تلفه على المالك لا على الغاصب، والتشبيه ببطل الحيلولة لا وجه له، ثم إنه لا يسلم في بدل الحيلولة أنه بدل يوم الحيلولة، وإنما هناك أيضاً يجب أن نقول بأعلى القيم.

فإذا ألقى إبريق إنسان في البحر وكانت قيمته يوم الإلقاء عشره، وهذا اليوم الذي يريد التسليم عشرين، وجب عليه تسليم عشرين، إذ أنه بإلقاءه

ص: ٢٥٠

-
- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح ١
 - ٢- الوسائل: ج ١٦ ص ٢١ الباب ١٨ من أبواب جواز العتق ح ٤

الإبريق في البحر تعلق بدمته إبريق، فإذا أراد التسليم وجب تسليم الأكثر لا تسليم قيمه يوم الدفع، كما سيأتي الإلماع إليه في المذهب الثالث، وهو أعلى القيم كما نختاره.

أما الصحيحه ففي الجواب عن دلالتها تفصيل ذكرناه في المكاسب، ونذكر هنا أن احتمال تعلق الظرف بالفعل المدلول عليه بقوله: نعم، يسقطها عن الدلالة، فيكون المراد: يلزمك يوم المخالفه قيمه البغل لو عطب، بمعنى أنها تتعلق بذلك اليوم، وحينئذ فحدّ القيمه غير مبين فيه، فلا ينافى ما دل على القيمه يوم التلف أو أعلى القيم.

هذا بالإضافة إلى أن قوله (عليه السلام): «حين أكثرى»^(١)، دليل على عدم التفاوت في القيمه في هذه المده القليله وعلى الاستصحاب، وإلا فلم يقل أحد باعتبار القيمه حين الاكتراء، وبهذا يظهر الجواب عن روايات العتق، بل هذا هو المنصرف عند العرف، حيث إن القيم لا تختلف غالباً في المده القليله، خصوصاً في الأزمنه السابقه، حيث لم تكن هذه الطوارئ والمفاجئات الموجوده في زماننا الآن.

أما القول الثالث: وهو ضمان أعلى القيم من حين الغصب إلى حين التلف، فهو الموافق للقاعده في الجمله، مع إضافه ما ذكره المحقق في أحد قوليّه، من أنه يضمن الأعلى من حين الغصب إلى حين رد القيمه، أي إنه أضاف الأعلى بين يوم التلف ويوم رد القيمه.

وهذا الذي قد يعد رابع الأقوال، هو مقتضى القاعده، وذلك لأنه عيناً

ص: ٢٥١

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٣ الباب ٧ من كتاب الغصب ح ١

ما دامت العين موجوده، ومثلاً بعد تلف العين مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حاله أعلى القيم، لشمول دليل «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» له.

لا يقال: على هذا إذا ارتفعت قيمه ثم انخفضت ثم رده عليه يلزم عليه التفاوت، والإجماع على عدم لزوم رد التفاوت.

لأنه يقال: الإجماع محتمل الاستناد، فاللزم القول بذلك إذا كان المالك يريد بيعه في وقت ارتفاع قيمه لشمول دليل «لا ضرر» له، فإنه قد أضره بحفظه عنده في وقت إرادته بيعه عند ارتفاع السوق.

مثلاً- هياً البغل لأن يبيعه في أيام ذهاب الحجاج، حيث في تلك الأيام البغل قيمته على الضعف، فغصبه الغاصب وكان البغل عنده في أيام ذهاب الحجاج، وبعد ذهابهم رده على مالكه حين صارت قيمه على النصف، فلماذا لا يكون هذا الغاصب ضامناً للتفاوت، مع أنه هو الذي أضر هذا المالك بقدر التفاوت كما ذكرنا مثله سابقاً في مسأله ضمان الحر.

وبما ذكرناه ظهر الجواب عن إشكال المحقق الرشتي، على هذا الوجه بقوله: (إن الضمان في جميع الأزمنه إذا أريد به التنجيزي بمعنى عدم انتظار التلف فهو واضح المنع، ولذا لو رد العين لم يجب شيء آخر، ولعله غير مراد، وإن أريد به التعليقي فإن أريد به التعليق على التلف في ذلك الزمان فمسلم، لكن المفروض عدمه، وإن أريد به التعليق على التلف مطلقاً ولو في الزمان المتأخر، فهو عين الدعوى، إذ لم يقم عليه دليل) انتهى.

إذ قد عرفت أن المختار هو الوجه الأول في كلامه، وقوله: (ولذا لو رد العين لم يجب شيء آخر) عين الدعوى، كما أنه ظهر بذلك وجه الإشكال في

قول الجواهر فى رد هذا القول قال: (هو أضعف من القول الثالث، إذ هو كما قيل مبنى على أن القيمى يضمن بمثله كالمثل، وإنما ينتقل إلى القيمه عند دفعها لتعذر المثل، فيجب أعلى القيم إلى حين دفع القيمه، لأن الزائد فى كل آن سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده، ولهذا لو دفع العين حال الزيادة كانت للمالك، فإذا تلفت فى يده ضمنها) انتهى.

إذ فيه: إن المبنى صحيح، فقد ذكرنا سابقاً أن القيمى يضمن بمثله كالمثل، فلا وجه لفساد المبنى حتى يفسد البناء.

ولذا قال الجواهر بعد ذلك: (ولعله لذا قيل إن وجه القول قاعده الضرر، وذلك لأن عدم تمكينه منها حين ارتفاع القيمه ضرر عليه، وتفويت لتلك المنفعه العليا، ومن هنا كان هو خير العلامه الأكبر الآغا محمد باقر البهبهانى فيما حكى عنه، إلا أنك قد عرفت فيما تقدم اقتضاء القاعده المزبوره ضمان الأعلى مع فواته وإن رد العين نفسها وهو مخالف للإجماع بقسميه) انتهى.

إذ قد عرفت أنه لا- وجه ظاهر للإجماع حتى يكون مستنداً بعد احتمال استناده احتمالاً ظاهراً، بالإضافة إلى أنه لو فرض عدم استناده يناقش فيه صغرى.

نعم قد تقدم فى مسأله غضب الحر أنه فيما إذا كان يريد المالك بيعه، حيث إنه فى هذا الحال يعد ضرراً لا مطلقاً.

ثم إنه لو سلم عدم شمول دليل «على اليد» فيما إذا أراد المالك البيع فى وقت علو القيمه، فلا يسلم عدم شمول دليل «لا ضرر»، و«فوتها»^(١).

ومثله يأتى فيما إذا تلفت العين، حيث تعلق المثل بذمه الغاصب ثم ارتفع على فرض وجوده، فإنه ضامن لهذا الارتفاع إذا أراد البيع وقت الارتفاع، وإن تنزل بعد ذلك فى وقت إرادته تسليمه القيمه.

ص: ٢٥٣

ثم إنه إن لم يفت بالقول الرابع، فالظاهر أنه لا محيص عن الفتوى بالقول الثالث الذي تقدم عن المختلف نسبتته إلى علمائنا.

وكيف كان، فقد تبين بذلك أن دليل «على اليد» بضميمه دليل «لا ضرر»، و«لا يتوى حق امرئ مسلم» (١)، و«فوتها» (٢)، و«فاعتدوا»، ونحوها وما أشبهه يفيد ضمان الغاصب أعلى القيم من حين الغصب إلى حين إقباض البدل، فيما إذا عدّ ضرراً، بل وحتى إذا رد العين، أما إذا لم يعد ضرراً فلا يكون ضمان.

نعم، لا دلالة في صحيحه أبي ولاد (٣) على ذلك، كما لا دلالة فيها على ما ذكره المسالك من أن خبر أبي ولاد فيه ما يدل على وجوب أعلى القيم بين الوقتين، وقواه في محكى الروضه أيضاً.

وان كان ربما استدل له بما في الجواهر، من أنه بناءً على تعلق الظرف بالفعل المستفاد من قول نعم، فيكون المراد أن ابتداء الضمان من ذلك اليوم إلى يوم التلف فيضمن الأعلى منه حينئذ، قال: بل إن جعل متعلقاً بالقيمة يكون المراد منه ذلك أيضاً لعدم معقوليه ضمان القيمة مع وجود العين، فيكون الحاصل أنه تلزمه القيمة مع العطب من يوم المخالفه.

ثم رده الجواهر بقوله: إلا- أن ذلك كله كما ترى تجشم وخطب بين الضمان التقديرى المتحقق بالمخالفه، والضمان التحقيقى الحاصل يوم التلف كما هو واضح.

دليل أعلى القيم

كما أن منه ظهر صحه استدلال العلامة في محكى التحرير على أعلى

ص: ٢٥٤

١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٥ ح ٣

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١

٣- الوسائل: ج ١٦ ص ٣١٣ الباب ٧ من أبواب الغصب ح ١

القيم، بأن زمان أعلى القيم زمان إزاله يد المالك عن ماله ماله، فيضمن ما أزاله عنه من الماله على تقدير التلف.

ولا يرد عليه إشكال المحقق الرشتي بقوله: إنه يرد عليه أن قيمه العين في جميع الأزمنه مضمونه بشرط تلفها في تلك الأزمنه لا فيما بعد، وإلا فالمضمون قيمه يوم التلف خاصه.

وأما إزاله يد المالك عن العين التي هي عبارته أخرى عن الحيلولة، ففيه: إن ملخص هذا الكلام يرجع إلى القول: بأن منع المالك مثلاً عن بيع متاعه بدون وضع اليد عليه حتى نزل سبب لضمان القدر النازل، وإلا فقاعده اليد لا تقتضى ذلك.

إذ فيه: إن أعلى القيم قد وضع الغاصب يده عليه، فعليه أن يردّه إذا تحقق مصداق الضرر كما ذكرناه، بخلاف ما إذا لم يتحقق مصداق الضرر بأن لم يكن يريد بيعه مثلاً في وقت أعلى القيمه، حيث لا يصدق عليه أنه أضره بأعلى القيمه، كما إذا أرجعه مثلاً إليه.

ولذا الذي ذكرناه من اعتبار صدق الضرر، استدلل بقاعده «لا ضرر» في محكي الرياض، تبعاً لخاله العلامة.

وتضعيف المحقق الرشتي له (بأن نفى الضرر لا- يشرع أحكاماً لو لم يحصل الضرر، بل إنما يرفع شرعيه الأحكام الضرريه المدلول عليها بعموم أدلتها) انتهى.

غير ظاهر، فقد تقدم أن «لا- ضرر» أيضاً يثبت الأحكام كما ذكره المحقق الرشتي وغيره في مسأله خيار العيب وخيار الغبن وغيرهما، فإنه تابع للعرف، والعرف يرون أنه ضرره، فلا ضرر يقتضى أن يعطيه حتى لا يتحقق التضسر، وإلا فإذا قرره الشارع على أن لا يعطى فقد سبب الشارع الضرر.

هذا بالإضافة إلى ما ذكرناه من أن أحكام المعاملات تقريريات، وكلما لم يمنع الشارع عن شيء عرفي، فمقتضى القاعده أنه مقرر له، والعرف يرون في مثل المقام أنه ضرره بأعلى القيم، وعليه تدارك الضرر، وعليه فلا وجه ظاهر لضمان قيمه يوم الغصب أو ضمان قيمه يوم التلف.

بل قال في الجواهر بعد كلام مؤيد لأعلى القيم بين الوقتين: (لعله لذا كان المعروف بين الأصحاب ضمان الأعلى، بل لم يذكر بعضهم قيمه يوم التلف قولاً، بل ولا وجهاً، بل لم نتحققه ممن تقدم على الفاضل وإن حكى عن القاضي، بل سمعت نسبته في الدروس إلى الأكثر) انتهى.

لكن اللازم أن يضاف إلى ذلك أعلى القيم إلى وقت التسليم، لما تقدم من أنه ما دام لم يسلّم فهو في ذمته، فللمغصوب منه أن يقول في وقت ارتفاع قيمه بعد التلف: أعطني أيها الغاصب فرسى حتى أبيعته مثلاً بمائه، وحيث لا يتمكن من إعطاء فرسه يلزم عليه أن يعطيه المائه، لا أن يعطيه الخمسين مثلاً، وهو قيمه يوم التلف أو ما أشبه ذلك.

ثم إن المصرح به في المسالك والروضه وتبعهما الجواهر وغيره، أن محل الخلاف ما إذا كان نقصان قيمه مستنداً إلى السوق، أما إذا استند إلى حدوث نقص في العين ثم تلفت فإن الأعلى مضمون، بل في الجواهر: ادعاء الإجماع على ذلك.

وهكذا ينبغي القول بالضمان إذا كان مستعداً للإنتاج، فسبب الغاصب عدم إنتاجه، كما إذا كانت شياؤه مستعداً للحمل في فصل الربيع بما يسبب مثلاً له زياده مائه، فلما غصبها الغاصب لم يفعل ما تنتج الشياؤه، فإنها مضمونه أيضاً على الغاصب، كما تقدم مثله في مثل إيجار الدار ونحوه.

ولعل اشتهاً قولهم: (الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال) وإن لم يكن هذا اللفظ وارداً في نص على حسب ما ذكروا، ناشئ مما ذكرناه من الجمع بين الأدلة المذكوره.

ثم إننا قد ألمعنا سابقاً إلى أن الاعتبار بمكان الغصب، فإذا أريد أعطائه في مكان آخر لزم ملاحظه التنزل والتضخم بين البلدين.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره المحقق الرشتي قائلاً: (الأقوى أن المذكور في تعيين زمان القيمة جار في تعيين مكانها أيضاً، توضيح المسألة: إن مكان الغصب ومكان التلف قد يختلفان، فإن اتحد قيمة العين فيهما فلا بحث، وإلا فهل العبره بمكان الغصب، أو مكان التلف، أو أعلى القيم من مكان الغصب إلى مكان التلف. وأما الأمكنه الخارجه عما بين المكانين التي لم يمر بالمغصوب عليها فلا عبره بها قطعاً، الظاهر الجريان لاتحاد مناط المسألتين، فمن اعتبر يوم الغصب لكونه أول زمان دخول العين في العهده، لزم أن يعتبر مكانه لكونه أول أمكنه دخولها في الضمان. نعم التمسك بالصحيحه المزبوره هنا يحتاج إلى عدم الجمود على ظاهرها، بدعوى استنباط المناطق المشترك بين يوم المخالفه ومكانها، وهكذا إلى سائر الأقوال والأدله) انتهى.

وعلى ما ذكرناه، فإذا غصب فرسه في العراق وهو يسوى مائه، ثم جاء به إلى إيران وأتلفه في إيران حيث يسوى خمسين، كان للمالك أن يطلب منه المائه، لكن في العراق لا في إيران، أما إذا أراد منه في إيران فإنه يعطيه الخمسين

لأن خمسين إيران يعادل مائه العراق حسب الفرض.

كما أنه لو انعكس بأن كان يسوى فى إيران مائتين، لزم عليه إذا أراد إعطاءه فى إيران أن يعطيه مائتين، لأن مائتى إيران يعادل مائه العراق.

أما المكانات الأخر التى مر عليها، أو لم يمر عليها، فلا ربط لها بالمسألة، فقولُه: (أعلى القيم من مكان الغصب إلى مكان التلف، أما كون الأمكنه الخارجه عما بين المكانين التى لم يمر بالمغصوب عليها، فلا عبره بها)، محل نظر فى قسمه الأول، وإن كان قسمه الثانى صحيحاً، فتأمل.

ومنه يعلم أنه لا فرق بين أن يكون اختلاف المكانين لاختلاف التضخم والتنزل، أو لاختلاف الطقس، مثلاً كان فى العراق حاراً، وفى إيران بارداً ولو فى نفس اليوم، حيث تحرك بالطائره، فكان فى العراق الملابس الصيفيه تسوى ضعف إيران، أو كان العكس مثلاً.

ومنه يعلم حال القسم الثالث، وهو إن كان اختلاف الطقس سبباً لاختلاف القيمه لا- لجهه الحراره والبروده، وإنما لجهه أن المغصوب فى أحد الطقسين يدوم أكثر من نفس هذا المغصوب فى الطقس الآخر، مما سبب زياده القيمه أو نقيصتها.

ولا يخفى أن فرق التضخم والتنزل بين البلدين غير مسأله الكمرک، ومسأله مخارج التجاره والنقل، فإنهما لا يرتبطان بالأمر.

فإذا غصب فرسه فى العراق وهو مائه، وجاء به إلى إيران وهو مائه، لكن أخذ منه الكمرک مثلاً عشرين، لا ربط لهذا الكمرک بالمغصوب منه، أو أنه صرف للإتيان به إلى إيران عشرين، فإنه لا ربط له بالضمان وقدره، كما تقدم فى صحيحه أبى ولاد بالنسبه إلى العلف:

قال: قلت: جعلت فداك قد علفته

بدراهم فلي عليه علفه، قال: «لا، لأنك غاصب» (١).

نعم إذا سبب اختلاف المكان زياده في العين، كما إذا كان الطقس بالمكان المنقول إليه أحسن فسمن الحيوان مثلاً، فإن السمن للغاصب كما تقدم، ونقلنا بعض الروايات في ذلك عن الوسائل في كتاب التجاره باب جواز بيع الأصول، وحكم من اشترى نخلاً ليقطعه للجدوع، وغيرها من الأدله فراجع.

ثم إن الشرائع قال: (والذهب والفضه يضمنان بمثلهما).

وقال الشيخ: (بنقد البلد، كما لو أتلّف مالاً مثل له ولو تعذر المثل، فإن كان نقد البلد مخالفاً للمضمون في الجنس ضمنه بالنقد، وإن كان من جنسه واتفق المضمون والنقد وزناً صح، وإن كان أحدهما أكثر قوّم بغير جنسه ليسلم من الربا، ولا يظن أن الربا يختص بالبيع، بل هو ثابت في كل معاوضه على ربويين متفقى الجنس) انتهى.

أقول: ما ذكره الشرائع هو المشهور، كما ادعاه في المسالك والجواهر وغيرهما، قال الأول: (كون الذهب والفضه مثليين هو المشهور بين الأصحاب بناءً على أن أجزاءه مما لا يختلف فيه قيمه، إما مطلقاً أو مع تقارب صفاته، ويمكن جريانه على باقى التعريفات، لأنه موزون ويصح السلف فيه، ويجوز بيع بعضه ببعضه في الجملة).

ثم قال: ولعل نظر الشيخ إلى اختلاف المضروب منه في الصفات الموجه لاختلاف قيمه، فلا يجرى عليه تعريف المثلى بأنه ما تساوت قيمه أجزائه، ولا ريب في ضعف القول المزبور، كالأستدلال له بما ذكره الجواهر

ص: ٢٥٩

بأن فيه مع إطلاق الشيخ قيمه الذهب والفضه لا خصوص الدراهم والدنانير منهما، أنه لا ريب في حصول التساوى في أجزاء أصنافهما) انتهى.

لكن المحقق الرشتي نفى أن يكون الشيخ قال بذلك، قال: (وقد يمنع ما نسب إلى الشيخ من قوله بعدم مثليه الذهب والفضه، لأنه إنما حكم بضمانهما بنقد البلد ولم يحكم بكونهما قيمين، والضمان بنقد البلد لا ينافي مثليتهما، خصوصاً مع ملاحظه تشبيهه بالأمثله كما نقله في الشرائع، فإن ظاهر التشبيه المغايره، وفيه تأمل) انتهى.

وكيف كان، فالظاهر أنهما مثليان نقده بنقده، وغير نقده بغير نقده، كما أنه يلزم أن يلاحظ موازين العيارات في الذهب والفضه، فإن عياراته مختلفه تبتدئ من اثني عشر وتنتهي إلى ست وعشرين، كما هو متعارف في العراق وإيران بين الصياغ وغيرهم.

ثم إنه يأتي هنا مسأله اختلاف القيمه بين الذهب المغصوب والذهب المعطى، وكذلك في الفضة من جهه اختلاف البلدين في التضخم، أو في الكمر ك، أو في أجره الحمل والنقل ونحوها، وكذلك اختلاف الزمانين بسبب التضخم والتنزل ونحوهما.

الإشكال في كونه ربوباً

ويمكن أن يقال: إنه لا يستلزم الربا، مثلاً كانت القوه الشرائيه لمثقال الذهب قبل سنه ضعف القوه الشرائيه للمثقال في هذه السنه، فإذا غصب منه مثقالاً من الذهب في السنه الماضيه وجب عليه رده ضعفاً، وإذا كانت القوه الشرائيه في السنه الماضيه بقدر النصف رده عليه الآن بقدر النصف، وكذلك بالنسبه إلى البلدين، فتأمل.

وهكذا بالنسبه إلى ما غصب منه مسكوكاً قيمته ضعف غير المسكوك مثلاً،

أو قيمته نصف قيمه غير المسكوك مثلاً- لعوارض خارجيه، لأن الربا هو ما كان فساد المال، كما في النص المتقدم عن الإمام الرضا (عليه السلام) (1)، وهذا خلافه فساد المال.

والمحكي عن ابن إدريس في رد كون ما إذا كان أحدهما أكثر يقوم بغير جنسه ويؤخذ قيمته ليسلم من الربا، أنه قال: يمنع ثبوت الربا هنا لأنه مختص بالبيع، فلا يضر اختلافهما في الوزن.

وكذا لو عاد فرده مع أرش النقص من جنسه، وإن تقدم من الشرائع قوله: ولا يظن أن الربا يختص بالبيع، إلى آخر كلامه.

ولذا قال في الجواهر هنا: (إنك قد عرفت قوه احتمال منع الربا في الغرامات، بل ممّا ذكر يعلم الحال في المغصوب ذي الصنعه إذا كان من النقدين، وكان نقد البلد الذي هو قيمه له موافقاً له في الحس، ومختلفاً معه في الوزن، فإن كونه قيمياً لا يدفع احتمال الربا عنه، بل لا بد من تقويمه بغير الجنس حينئذ، إلا بناءً على ما ذكرناه من عدم جريان الربا في الغرامات) انتهى.

وتفصيل المسألة في بيع الصرف، وإن كان ما ذكرناه هنا مقتضى الصنعه.

ويؤيد ما ذكرناه ما ذكره الشرائع بعد ذلك بقوله: (ولو كان في المغصوب صنعه محلله لها قيمه غالباً كان على الغاصب مثل الأصل وقيمه الصنعه، وإن زاد عن الأصل، ربوياً كان أو غير ربوياً، لأن للصنعه قيمه تظهر لو أزيلت عدواناً ولو من غير غضب).

وقال في الجواهر تعليقاً له: (فلا يكون من الربا الذي هو الزيادة في أحد

ص: ٢٤١

العوضين، كما صرح بذلك كله في محكى المبسوط والسرائر والتحرير والإرشاد وموضع من التذكرة، انتهى.

إذ أى فرق بين المقام وبين المسأله السابقه، حيث إن الاعتبار لو كان بالوزن لكان هنا أيضاً حراماً لأنه ربوى، وإن كان الاعتبار بالقيمه كان اللازم أن يكون هناك أيضاً الاعتبار بالقيمه من غير ملاحظه الربا.

بل يؤيد ذلك قوله سبحانه: (من ربا ليربوا فى أموال الناس) (١١)، فإن هذا ليس يربوا فى أموال الناس، وإنما مال الناس مقابل التالف، بل لا يسمى رباً عرفاً ولغاً، وإن كان يحتمل تسميته ربا اصطلاحاً فقهيّاً عند من لا يجوز ذلك.

ولذا احتملنا الصحه فى باب القرض أيضاً، كما إذا أقرضه ديناراً وبعد سنه مثلاً يأخذ منه نصف دينار، أو دينارين للتنزل أو التضخم، فإن شيئاً من ذلك لا يسمى رباً وفساداً للمال، بل الاقتصار على نفس القدر ربا وفساد للمال.

وبذلك يظهر أن إشكال الدروس بعموم الربا فى المسأله الأخيره، أو المغصوب للصنعه المحلله غير ظاهر الوجه، وإن زاد عليه فى المسالك: (أنه لم يخرج بالصنعه عن أصله وإنما اشتمل على وصف زائد، وقد صرحوا فى باب الربا بأنه لا فرق بين المصنوع وغيره فى المنع من المعاوضه عليه بالزياده، وهذا أقوى، فضمانها بالقيمه أظهر، مع أنا نمنع من بقائه مثلياً بعد الصنعه، لأن أجزاءه ليست متفقه القيمه، إذ لو انفصلت نقصت قيمتها عنها) انتهى.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المحقق الرشتى من إحصائه للموارد

ص: ٢٤٢

التي ذكرها الفقهاء، مؤيداً لمجىء الربا هنا بقوله:

(ولذا ترى الفقهاء لا يرضون بصيروره البدل زائداً في الغرامات أيضاً، بل في غيرها من الأبدال الاضطراريه وغيرها، ومن ذلك ما ذكروه في بيع الصرف من أنه لو ظهر في أحد العوضين عيب وجب رده وأخذ بدله مكانه، ولا يجوز إمساكه مع أخذ الأرش، فإن الأرش من الغرامات، إلا أنه جزء من الثمن.

ومنها: ما ذكروه في القسمه، من أنه لو مزج جيداً برديء من الربويات كالحنطه لم يجز في التقسيم تقليل قسمه صاحب الرديء، أو توفير صاحب الجيد في الوزن، مع أن القسمه لا معاوضه ولا غرامه.

ومنها: ما ذكروه في الوصيه، من أنه لو هاييا الموصى بأن باع ثلاثه أمان من الحنطه التي تسوى ثلثه، لم يجز للموصى له على القول بكون المنجزات من الثلث أخذ نصف المبيع بتمام الثمن وهو من ونصفه، وأخذ ثلث المبيع، معللاً بأن ذلك يؤدي إلى الربا، لوقوع منين ونصف في مقابل ثلاثه أمان، مع أن أصل المعاوضه التي صدرت من الموصى لم يكن ربا، ونفوذ وصيه الموصى لا يعد معاوضه ولا غرامه.

ومنها: ما ذكروه في كتاب الصلح، من أنه لا يجوز الصلح عن قيمه الثوب التالف الذي يسوى درهماً بدرهمين للزوم الربا، حيث إن القيميات مضمون بالقيمه، ووجهوا قول المحقق بجوازه أنه مبني على مختاره في القرض من ضمان القيمي بالمثل أيضاً) انتهى كلامه رفع مقامه.

فإن تكرار ذكر موارد فتوى جماعه من الفقهاء لا يوجب قياس المقام بها بعد عدم شمول الدليل للمقام، بل تلك الأمثله أيضاً محل مناقشه، إلا فيما

ورد دليل خاص فيه، كما ذكرنا بعض المناقشات في تلك الأمثلة في أبوابها، والله سبحانه العالم.

ثم إنه لو أتلّف الغاصب الصنعه فقط، فإنه لا ينبغي الإشكال في ضمان الصنعه، لأن الصنعه شيء للمغصوب منه ذو قيمه، فإتلافها يوجب رد الغاصب أو شبه الغاصب، كما إذا أتلّفها جهلاً أو نسياناً أو في حاله نوم أو ما أشبهه، لدليل «لا ضرر» و«لا يتوى» وإن «الغصب مردود» وغير ذلك.

إتلاف الآله المحرمه

ولذا قال في الجواهر: (لو تلفت الصنعه فقط فإنه يضمونها، ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الإناء لانتفاء الربا، إذ لا معاوضه بين جنسين، لا- حقيقه ولا حكميه)، ثم قال: (وظاهرهم الاتفاق على كونها حينئذ قيمه فليس للمالك الإلزام بعودها، كما أنه ليس عليه قبول ذلك لو بذله الجاني، وفرق واضح بين المقام وبين الإلزام بتسويه الحفر في الأرض الذي هو من قبيل رد المغصوب إلى محله) انتهى.

لكن فيه: إنه لا- وجه للفرق بين المسألتين، فلماذا يحق له في المسأله الثانيه الإلزام بتسويه الحفر، ولا حق له فيما نحن فيه بالإلزام بصنع الصنعه، بل الظاهر أن الإلزام بصنع الصنعه كما كانت مقدم على الإلزام بالقيمه، لأنه رد نفس المغصوب، وما دام يمكن رد نفس المغصوب عرفاً فلا تصل النوبه إلى القيمه، اللهم إلا إذا كان هنالك دليل خاص، أو إجماع قطعي غير محتمل الاستناد، مع أن في كليهما تأملاً.

نعم إذا كانت الصنعه محرمه، كما في آنيه الذهب والفضه والصنم والصليب وغيرها، لم يضمونها، سواء أتلّفها خاصه، أو مع موضعها، كما ذكره الشرائع

وغيره، بل عن الكفايه نسبته إلى قطع الأصحاب.

وفى الجواهر: لا- خلاف أجده فيه، لوضوح أن الغضب لا يصير ما لا قيمه له شرعاً ذا قيمه، ولا يجعل ما هو محرم يجب إتلافه على جميع المكلفين، من غير فرق بين الغاصب وغيره قيماً محترماً، ولذا يجوز كسر ذلك من باب النهى عن المنكر، ولو كسره بلا غضب كما فى النوم أو الجهل أو ما أشبه لا يكون ضامناً.

ويدل على ذلك أيضاً بعض الروايات:

فقد روى الدعائم، عن أبى عبد الله، عن أبيه، عن آباءه، عن أمير المؤمنين (عليهم السلام)، إنه قال: «من تعدى على شىء مما لا يحل كسبه فأتلفه فلا شىء عليه فيه، ورفع إليه رجل كسر بربطاً فأبطله»^(١).

وعن أبى جعفر (عليه السلام)، إنه قال: «من كسر بربطاً أو لعبه من اللعب أو بعض الملاهى، أو خرق زق مسكر أو خمر فقد أحسن ولا غرم عليه»^(٢).

ولذا قال العلامة فى القواعد: وإذا كسرت آله الملاهى فلا ضمان، فإن أحرقت ضمن قيمه الرضاض، وكذا الصليب، بل غيره أيضاً صرح بذلك.

وعن الكفايه نسبه ذلك كله إلى قطع الأصحاب.

وإن كان ربما يقال: إنه لو أحرقت أيضاً لا يضمن إذا كان من باب النهى عن المنكر، كما ذكرناه فى كتاب النهى عن المنكر، فيما توقف النهى عن المنكر عليه، كما أنه كذلك إذا دخل حانوت خمار وكسر القنينات التى فيها الخمر، وهو ما صرح بمثله فى روايه خرق زق المسكر.

ص: ٢٤٥

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢٧١ الباب ٢١ من أبواب موجبات الضمان ح ٢

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢٧١ الباب ٢١ من أبواب موجبات الضمان ح ٣

وقد روى عن أبي الدرداء، أنه خرق زق مسكر معاويه فى قصه مذكوره فى التواريخ.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول القواعد: لو أتلّف آنيه الذهب، ففى ضمان الزائد بالصنعه إشكال، ينشأ من مساواه الغاصب غيره وعدمها، بل وربما يؤيده أن النبى (صلى الله عليه وآله) كسر أصنام المشركين ودفنها(١)، لكن ظاهرهم الاختلاف فى ذلك.

فقد قال فى مفتاح الكرامه عند قول العلامه المتقدم: فإن أحرقت ضمن قيمه الرضاض كما هو قضيه كلام المبسوط، وصريح التذكره وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفايه، وفى التذكره: من أحرقتها فعليه قيمتها فى الحدّ المشروع.

واحتج عليه فى جامع المقاصد بأن الرضاض، وهو الذى يبقى بعد الكسر محترم.

لكن مفتاح الكرامه بعد ذلك قال: إن معنى كلام صاحب جامع المقاصد (أنه مملوك... وقد تقدم فى باب المكاسب أن آلات اللهو لا تعد مالاً، وأنها غير مملوكه فى ظاهر كلام جماعه، وقد استدللنا لهم بالخبر والقاعده، وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها وغير ذلك، والأمر فى الصلبان والأصنام واضح ولا قائل بالفرق على الظاهر)(٢) انتهى.

وكيف كان، فأشكال العلامه فى تلف آنيه الذهب من ضمان الزائد بالصنعه نظر، وإن تبعه ولده، وقيل فى وجهه: إن هذا الاستيلاء مضمون بكونه عادياً

ص: ٢٦٦

١- انظر البحار: ج ٢١ ص ١١٧ ح ١٥

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ١٥٥ ط الحديثه

وجميع ما ينقص فيه مضمون، وللصنعه فى حد ذاتها قيمه وإن كانت محرمة فى نظر الشارع، إذ هذا التعليل مردود بأنه لا يتصور العدوان بإزاله المحرم ورفع المنكر.

نعم لو قلنا بجواز اتخاذ أوانى الذهب والفضه، وإنما قلنا بحرمه الصنعه يكون الحال فيما إذا أزال الصنعه حال ما لو أتلف حلياً.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه: (إن قلنا بجواز اتخاذها كان كما لو أتلف حلياً، فإنه لا إشكال حينئذ فى ضمان الزائد بالصنعه فيه).

ثم الظاهر أنه إذا توقف النهى عن المنكر بكسر الصليب والصنم وما أشبه على أى من الزائد والناقص اقتصر، لأنه يتحقق النهى عن المنكر بذلك، فالزيادة تصرف فى مال الناس بغير حق، إلا إذا كان كل واحد من الأمرين مصداق النهى عن المنكر، فيتخير بينهما، وإن كان أحدهما أزيد من الآخر كما ذكروا فى التخيير بين الأقل والأكثر، كما هو الحال فى باب قتل الكافر المحارب حيث إنه مقتضى القاعده الاقتصار على ما يتحقق لا-الأكثر من ذلك، إلا إذا كان الأكثر والأقل فردى التخيير، والحاصل: إن الأمر عرفى لا دقى عقلى.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلا رأى العامه، وتأيد الجواهر لأولهما على الإطلاق، قال:

(نعم للعامه خلاف فى الحد المشروع لإبطالها على وجهين:

أحدهما: إنها تكسر حتى تنتهى إلى حد لا يمكن اتخاذ آله محرمة منها لا الأولى ولا غيرها، وعن الكركى أنه ليس ببعيد، لأنه أزجر لمن هى له، وفيه: إنه تعد عن الإذن فى التصرف فى مال الغير، ومن هنا كان الأظهر عند

العامه أنها لا تكسر الكسر الفاحش، لكنها تفصل، ولكن في حد التفصيل عندهم وجهان:

أحدهما: إنها تفصل مقداراً لا تصلح لاستعمال الحرام، فإذا رفع وجه البريط وترك على شكل قصعه كفى.

والثاني: تفصل إلى حد لو فرض اتخاذ آله محرمة من مفصلها لوصل إلى الصانع التعب.

ولا ريب في أن الأظهر منهما الأول اقتصاراً في حرمه التصرف في مال الغير على مقدار الإذن، بل لا يبعد الضمان على من تجاوز الحد المزبور، فيضمن حينئذ التفاوت بين قيمتها مكسوره إلى الحد المشروع، وبين قيمتها منتهيه إلى الحد الذي أتى به) انتهى.

لأن الامر عرفي لا دقي، نعم إن تعدى عن العرفيه ولم يكن في ذلك زجر وردع زائد يحتاج إليه كان ذلك موجباً للضمان.

ثم إنه ذكر في الشرائع: (إنه لو كان المغصوب دابه، فجنى عليها الغاصب أو غيره، أو عابت من قبل الله سبحانه ردها مع أورش النقصان، وتساوى بهيمه القاضى وغيره في الأرش) انتهى.

أقول: يدل على الحكم الأول إطلاق الأدله، وخصوص صحيح أبي ولاد السابق.

وفي الجواهر: بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه.

ويدل على الحكم الثاني بالإضافة إلى إطلاق الأدله السابقه، أنه مقتضى القاعده، لأن النظر في الضمان إلى نفس المال، لا إلى غرض المالك.

ويؤيده ما رواه محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في أربعة أنفس شركاء في بعير، فعقله أحدهم فانطلق البعير يعبث

بعقاله فتردى فانكسر، فقال أصحابه للذى عقله: أغرم لنا بعيرنا، قال: فقضى بينهم أن يغرموا له حظه من أجل أنه أوثق حظه، فذهب حظهم بحظه»^(١).

فإن ظاهره أن الغرامه بقدر البعير لا بقدر مالك البعير.

ونحوه رواه الطوسى فى النهايه، قال: «وقضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى بعير بين أربعة نفر، فعقل أحدهم يده فتخطى إلى بئر فوقع فيها فاندق، أن على الشركاء الثلاثة أن يغرموا له الربع من قيمته، لأنه حفظه وضيعه عليه الباقون بترك عقالهم إياه»^(٢).

كما يؤيده أيضاً الروايات التى ذكروها فى باب حكم الدابه إذا جنت على أخرى فى كتاب الديات.

وأيد الحكم الجواهر أيضاً بقوله: (ولذا كان فى وطى الولد جاريه الأب بالشبهه مهر المثل كما فى وطى الأجنبى، وإن حرمت بالأول على الأب كما هو واضح) انتهى.

وعلى هذا، فيؤيده أيضاً كل وطى محرم زوجه على الزوج، نعم لا يبعد المحكى عن التذكرة حيث قال: (لو غضب شيئاً تتفاوت قيمته بالنسبه إلى أربابه، كما لو غضب حجه إنسان بدين أو ملك، فالأقرب ضمان التفاوت بالنسبه إلى ربه إن غضبه منه، وإن غضبه من غيره لم يضمن بالزيادة، بل ربما يساوى قيمته بالنسبه إلى ذلك الغير)^(٣)، ثم جعل الشأن فى الخاتم والنعل بالنسبه إلى كبر الأصبع وغيره كذلك.

ص: ٢٦٩

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٠٧ الباب ٣٩ من أبواب الضمان ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢٧٢ الباب ٢٨ من أبواب الضمان ح ١

٣- انظر تذكره الفقهاء: ص ٣٩١ ط القديمه

أقول: وجهه حديث «لا يتوى (١٧)» و «لا ضرر» (٢٢) وما أشبهه، فلو كان كبير الرجل لا يصنع له في المتعارف حذاء كبير، وإنما أعطى مثلاً ضعف قيمة الحذاء حتى صنع له هذا الحذاء، ثم إنه لم تكن له قيمة بقدر ذلك في السوق، بل كانت قيمة أقل من الحذاء المتعارف لقله الابتلاء والاحتياج إلى مثل هذا الحذاء، فإنه إذا أتلفه إنسان كان اللازم عليه ضمان قدر ما أنفق فيه لا ضمان قيمته السوقية، لأنه هو الذى سبب ضرره وتوى حقه.

وكذلك إذا صنع دواءً لمرضه بقدر مائه درهم مثلاً، لكن هذا الدواء لا قيمة له في السوق إطلاقاً فأتلفه، فإن مقتضى القاعده أنه ضامن للمائه، لأنه سبب ضرره بهذا القدر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

ومنه يعلم أن قول الجواهر في رد التذكرة: (لم أجده لغيره، كما أنه لا وجه له واضح ضروره عدم ثبوت ماله للشئ في نفسه عرفاً بذلك، بل ظاهر كلام الأصحاب خلافه) انتهى، غير ظاهر الوجه.

وعلى هذا فإذا أتلف المتلف وثيقه دين أو رهن أو ما أشبه مما سبب ضياع حق ذلك الإنسان صاحب الوثيقه، لزم عليه إعطاء قدر حقه لا قدر قيمة الوثيقه التي هي عبارته عن ورق، لأنه أضره وتوى حقه بقدر المال لا بقدر الورق.

أما إذا لم يكن لرد المال قيمه عنده، وإنما كانت له قيمه في السوق فأتلفه، فالضمان بقدر القيمة السوقية لإطلاق أدلته، فلا تلازم بين المسألتين حتى يقال كما أنه يزداد بالنسبه إلى الرد كذلك يجب أن ينقص بالنسبه إليه لوجود «لا ضرر»

ص: ٢٧٠

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نواذر الشهادات ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح ٣

و «لا يتوى» فى مورد الزيادة، وعدم وجود مثلهما فى مورد النقيصه، وإنما فى مورد النقيصه يلزم الرجوع إلى القواعد الأوليه.

أما مسأله نصهم على بهيمه القاضى، فهو لخلاف مالك وأحمد، من أن فى قطع ذنب بهيمه القاضى تمام قيمه، لأنها لا تصلح له بعد ذلك، وفيه ما عرفت، ولذا كان المحكى عن الدروس اتباع المحقق حيث قال: إن مركوب القاضى كغيره وإن صيره أبتى. ولا فرق فى كل ذلك بين أن يكون العيب من الغاصب، أو من قبل الله سبحانه وتعالى، لأنه فى ضمانه، ويدل عليه ما تقدم من صحيح أبى ولاد وغيره.

فلا يقال: إنه كان يعيب من قبل الله تعالى حتى إذا كان عند المالك وتحت سلطته، وعليه فلا ضمان بالنسبه إلى هذا العيب على الغاصب، وكذلك الحال إذا عيبه غير الغاصب، نعم مقتضى القاعده أن يكون قرار الضمان على الذى عيبه.

أرش عين الدابه

ثم من الواضح أن الضمان فى الأرش يكون بقدر الضرر لا بقدر الجنايه.

فإذا قطع ذنب حيوان مثلاً فسبب شلله، هذا يكون عليه الأرش أكثر مما إذا قطع ذنبه فلم يسبب شلله، وذلك لدليل «لا يتوى»^(١)، و«لا ضرر»^(٢) ونحوهما.

أما إذا لم يكن للعيب أرش، كما إذا شق أذن الحيوان، بما لا فرق فى قيمته صحيحاً ومعيباً، فلا شىء عليه.

ولو زادت قيمته بالعيب، فالظاهر أن الغاصب يملك بقدر الزيادة، لما تقدم من بعض الروايات، ولظاهر قوله سبحانه:

ص: ٢٧١

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نواذر الشهادات ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح ٣

(أن ليس للإنسان إلا ما سعى) (١١)، مما يدل على أن سعى كل إنسان لنفسه، وكونه غاصباً لا يوجب ارتفاع الحكم الوضعي.

قال في الجواهر: (ولا- تقدير في قيمه شيء من أعضاء الدابة، بل يرجع إلى الأرش السوقي، وروى في عين الدابة ربع قيمتها، وحكى الشيخ في المبسوط والخلايف عن الأصحاب في عين الدابة نصف قيمتها، وفي العينين كمال قيمتها، وكذا كل ما في البدن منه اثنان، والرجوع إلى أرش السوقي أشبه) انتهى.

والروايات الواردة في عين الدابة ما رواه أبو العباس، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال: «من فقأ عين دابة فعليه ربع ثمنها» (٢).

وفي صحيح عمر بن أذينة: كتبت إلى أبي عبد الله (عليه السلام) أسأله عن روايه الحسن البصرى يرويها عن علي (عليه السلام) في عين ذات الأربع قوائم إذا فقئت ربع ثمنها، فقال (عليه السلام): «صدق الحسن، قال علي (عليه السلام) ذلك» (٣).

وفي الصحيح، عن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى علي (عليه السلام) في عين فرس فقئت ربع ثمنها» (٤).

وعن مسمع بن عبد الملك، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «إن علياً (عليه السلام) قضى في عين دابة ربع الثمن» (٥).

وعن الشيخ الطوسي في كتاب النهاية: وفي عين الدابة إذا فقئت ربع

ص: ٢٧٢

١- سورة النجم: الآية ٣٩

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ١

٣- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ٢

٤- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ٣

٥- الوسائل: ج ١٩ ص ٢٧١ الباب ٤٧ من أبواب ديات الأعضاء ح ٤

قيمتها على ما جاءت به الآثار»(١)).

وفى الجعفریات، بسند الأئمة (عليهم السلام) إلى على (عليه السلام) قال: «قضى فى عين الدابه ربع قيمتها»(٢).

أما ما حكاه المحقق عن الشيخ من نصف قيمه، فقد قال الشيخ فى محكى المبسوط: روى أصحابنا فى عين الدابه نصف قيمتها، وفى العينين كمال قيمتها، وكذلك قالوا فى سائر الأطراف مما فى البدن منه اثنان ففیه كمال القیمه.

وقال فى محكى الخلاف: إذا قلع عين دابه كان عليه نصف قيمتها، وفى العينين جميع قيمتها، وكذا كل ما كان فى البدن منه اثنان، ففى الاثنین جميع القیمه، وفى الواحد نصف قيمتها، دليلنا إجماع الفرقه وأخبارها، لكن ذكر غير واحد من الفقهاء أنهم لم يظفروا بروایات النصف.

ولا يخفى أن الروایات المتقدمه فى ربع القیمه لا يمكن العمل بها، لإعراض المشهور عنها.

قال فى المسالك: (والأصح وجوب الأرش مطلقاً، لضعف ما أوجب التقدير، فإن هذه الروایات لا يقول الشيخ بمضمونها، وما ادعاه لم نقف فيه على روايه) انتهى.

وقبل ذلك نقل عن الشيخ فى المبسوط أنه وافق المشهور فى الأرش، ولعل علماً (عليه السلام) قال ذلك فى مورد خاص، أى عين فرس خاص، وكان الأرش

ص: ٢٧٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ٢٨٣ الباب ٤٣ من أبواب ديات الأعضاء ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢٨٣ الباب ٤٣ من أبواب ديات الأعضاء ح ٢

مطابقاً لربع قيمه، لا- أنه قاله مطلقاً، أو أن الأمر محمول على التقيه كما فى صحيح ابن أذينه روايته عن الحسن البصرى،
والحسن البصرى من المنحرفين عن على (عليه السلام)، كما لا يخفى لمن راجع الرجال.

وفى الجواهر: (لم نجد بها عاملاً سوى ما عن النهايه والوسيله من أنه فى فقاء عين البهيمه ربع قيمتها، بعد الحكم فيهما أيضاً أن
الجنايه على أعضائها بحسب قيمتها، ولولا ندره القائل بذلك لكان العمل بها فى خصوص العين متجهاً) (1) انتهى.

بل النهايه كتاب الروايات، يعنى أنه أخذ مضمون الروايات وجعلها فتوى، فليس قوتها كقوه الكتب الفتاويه.

وكيف كان، فالظاهر كون الدابه كسائر الأموال، ففى عيبتها الأرش، مأكول اللحم كالشاه أم لا.

ولذا قال فى الجواهر ممزوجاً مع الشرائع: (لكن هجر الروايه مع فرضه ومعارضتها بما سمعت منع من العمل بها، كما أنه منع من
العمل بما حكاه الشيخ من الإجماع والأخبار، حيث لم نعرف ذلك لأحد ممن تقدمه لا فتوى ولا روايه، بل فتواه نفسه وروايته
بخلافه. وبذلك كله ظهر لك أن ما عليه المشهور من الرجوع إلى الأرش السوقى مطلقاً أشبه بأصول المذهب وقواعده، لأنه مال
كغيره من الأموال، ولا- يقاس على الإنسان فى ذلك، كما لا يقاس على العبد فى الرجوع إلى ديه الحر مع التجاوز)، إلى آخر
كلامه.

ص: ٢٧٤

١- الجواهر: ج ٣٧ ص ١١٤

ثم الظاهر أنه لو قطع إذن الحيوان أو يده أو رجله، أو فقاً عينه ثم أرجعه إلى مكانه بعمل جراحی، لم يكن عليه شيء إذا لم تتفاوت قيمه، إذ ظاهر أدله الأرش أنه فيما كان باقياً، وإلا إذا لم يبق فقد رد الغصب وشمله «الغصب كله مردود» ونحوه.

أما إذا جرحه أو أعماه وطاب هو بنفسه فهو ضامن، لأن الطيب من الله سبحانه وتعالى، والضمان ثبت فلا وجه لارتفاعه بالطيب فتأمل.

وحيث كان اللازم الأرش فلا ينبغي التكلم حول ما كان لم يفقأ العين، وإنما أعماهها مثلاً، أو أعمى نصف العين مثلاً، أو أنه قلع وأتلف ما في الحيوان أكثر من الاثني عشر مثل الأسنان، أو كان الحيوان ذا ثلاثة عيون فرضاً.

ولا فرق بين أن يكون النقص بسبب في ذاته أرش، أو كان النقص سبباً لعيب آخر، مثلاً قلع سنّاً من أسنان الحيوان فلم يتمكن من الأكل، بينما أنه إذا كان متمكناً من الأكل لم يكن عليه شيء، لأن في قلع سنه لم يكن تفاوت بين الصحيح والمعيب، وكذا الحال إذا سبب جنون الحيوان مثلاً فإنه يؤخذ منه الأرش، ومسائل الضمان في الحيوان كثيره، ذكرنا جملة منها في كتاب الديات.

ولو أمن الحيوان أو السياره أو ما أشبه فسبب ضرراً فأعطى الضرر التأمين، لم يجب على صاحب الحيوان أو السياره التدارك بعد ذلك، بل الواجب على التأمين العطاء حسب العقد بين صاحب السياره وبين التأمين.

نعم لا يلزم على المتضرر أن يراجع التأمين، وإنما له أن يراجع نفس الذي عطبه، فإذا رجع إلى التأمين لم يرجع التأمين إلى العاطب، وأما إذا رجع العاطب حق للعاطب أن يرجع التأمين حسب القاعده،

وقد ألمعنا إلى هذه المسألة في كتابي إحياء الموات والديات، وغيرهما.

أما إذا كان التأمين حسب عقده يعطى أقل من العطب، فإذا أخذه المعطوب منه حق له أن يراجع العاطب في التفاوت.

وإذا أعطى أكثر من الأرش أو الدية المقرره شرعاً، فإنه لا يصح للمعطوب منه أخذ التفاوت الزائد، لأنه لا حق له إلا بالتصالح، حيث ذكرنا في كتاب الديات أنه يصح التصالح بالأكثر، فهو مثل أن يصالح عن الدين الذي هو أقل بالأكثر.

نعم يشترط في عقد التأمين أن يكون حسب شروط سائر العقود.

ثم إن الفقهاء (رحمهم الله) هنا ذكروا مسألة غضب العبد أو الأمه، وحيث عدم الابتلاء في الحال الحاضر، فعلى الطالب أن يرجع إلى كتبهم.

ص: ٢٧٤

(مسألة ٢١): قال في الشرائع: (وإذا تعذر تسليم المغضوب دفع الغاصب البدل، ويملكه المغضوب منه ولا يملك الغاصب العين المغضوبه، ولو عادت كان لكل منهما الرجوع).

وقال في الجواهر: (كما صرح بذلك كله غير واحد من أساطين الأصحاب كالشيخ وابن إدريس والفاضل والشهيد والكركي وغيرهم، بل في المسالك نسبتة إليهم مشعراً بالاتفاق عليه، بل في محكى الخلاف والغنيه نفى الخلاف عن ملك المغضوب منه البدل المزبور، بل ظاهرهما على ما قيل بين المسلمين).

أقول: أما إذا تعذر تسليم المغضوب وجب دفع الغاصب البدل فذلك لنصوص الضمان والإجماع، فلا إشكال في الأمر، وأما أنه يملكه فلأنه ظاهر النصوص، بالإضافة إلى الإجماع، فإن معنى الضمان المنطوق به في الروايات، والمفهوم من بعض الروايات الآخر هو ذلك.

فعن محمد بن الحسين، قال: كتبت إلى أبي محمد (عليه السلام): رجل دفع إلى رجل وديعه وأمره أن يضعها في منزله، أو لم يأمره في منزل جاره فضاعت، هل يجب عليه إذا خالف أمره وأخرجها من ملكه، فوقع (عليه السلام): «هو ضامن لها إن شاء الله» (١).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن العاربه يستعيرها الإنسان فتهلك أو تسرق، فقال: «إن كان أميناً فلا غرم عليه» (٢).

وفي روايه أخرى زياده: وسألته عن الذى يستبضع المال فيهلك أو يسرق

ص: ٢٧٧

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٢٩ الباب ٥ من أبواب أحكام الوديعه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب أحكام الوديعه ح ٧

أعلى صاحبه ضمان، فقال: «ليس عليه غرم بعد أن يكون الرجل أميناً» (١).

وفى روايه ثالثه، عن مسعده بن زياد، عن جعفر بن محمد (عليه السلام)، قال: سمعته يقول: «لا غرم على مستعير عاريه إذا هلكت أو سرت أو ضاعت إذا كان المستعير مأموناً» (٢).

فإن المفهوم من الشرط الضمان إذا لم يكن كذلك.

وكذا فى الدلاله مفهوماً روايه الدعائم، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا أحرز الرجل الوديعة حيث يجب أن تحرز الودائع، ثم تلفت أو سقطت منه قبل أن يحرزها أو ضلت أو نسيها أو هلكت من غير خيانه منه عليها ولا استهلاكك لها فلا ضمان عليه» (٣).

هذا بالإضافة إلى عمومات مثل: «على اليد»، ومثل: (وجزاء سيئه سيئه) (٤)، ومثل: (ومن عاقب بما عوقب به) (٥)، إلى غير ذلك مما تقدم جملة منها، بل ولصدق التلف فى مثل السرقة وضلال الدابة ووقوع الشيء فى البحر، فيشملة «من أتلف مال الغير فهو له ضامن» (٦).

والظاهر أن الغاصب ونحوه بعد دفعه البديل يملك المبدل منه، لدليل «لا ضرر»، و«لا يتوى حق امرئ مسلم» (٧)، و«حقوق المسلمين لا تبطل» (٨)، ولعرفيه عدم

ص: ٢٧٨

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٧ الباب ١ من أبواب أحكام الوديعة ح ٨

٢- الدعائم: ج ٢

٣- سورة الشورى: الآية ٤٠

٤- سورة الحج: الآية ٦٠

٥- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٣٩ الباب ١١ من أبواب الشهادات ح ٢

٦- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من أبواب الشهادات ح ٥

٧- الوسائل: ج ١٤ ص ٢١٠ الباب ٦ من عقد النكاح ح ٩

٨- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٩ الباب ١٨ ح ٣

الجمع بين العوض والمعوض، والشارع لم يأت بشيء يخالف ذلك مما يدل على أنه أقر العرف، ولهذا اشتهر في ألسنتهم في مختلف الأبواب عدم الجمع بين العوض والمعوض، مع أنه ليس على هذا اللفظ دليل خاص.

نعم المشهور كما نسب إليهم ذهبوا إلى أن العين تبقى على ملك المالك، ولم يستدلوا لذلك إلا بما في مفتاح الكرامه وغيره مما حاصله: إن بقاء العين على ملك المالك إنما هو لامتناع كون الملك لا-مالك له، ولا-ناقل إلى الغاصب، فمقتضى الاستصحاب بقاء الشيء على ملك مالكة، ولذا تأمل جملة من الفقهاء في كلام المشهور، أو أفتوا بعدمه كالعلامه وولده (رحمهما الله) حيث تأملا في ذلك، وكذلك المحقق والشهيد الثانيان.

فقد قال الأول: إن هنا إشكالاً، فإنه كيف تجب قيمه ويملكها بالأخذ ويبقى العين على ملكه، وجعلها في مقابله الحيلولة لا يكاد يتضح معناه.

وقال الثاني: لا يخلو قولهم من إشكال، من حيث اجتماع العوض والمعوض على ملك المالك من دون دليل واضح، ولو قيل بحصول الملك لكل منهما متزلزلاً وتوقف تملك المغضوب منه للبدل على اليأس عن العين وإن جاز له التصرف، كان وجهاً في المسألة، وقد حكاه عنه صاحب الكفايه مستحسناً له.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال في الأمور التي ذكرها حول المسألة: (الثاني: عدم ملك الغاصب للعين المغضوبه، لأنه لم يغرَم عنها، وإنما غرم عن السلطنه، وهذا دخل في صورته التلف، فإنه يدفع البدل فيها، فإنه يدفع البدل فيها يملك التالف على معنى خروجه من كيسه،

وكون تلفه فى ملكه، فلا- مجال لتوهم خروج المال الزائل عنه المالىه عن ملك المالك بعد أخذ الغرامه ودخوله فى ملك الغاصب) انتهى.

إذ قد عرفت أن ظاهر الضمان أنه يملك ما ضمنه الغاصب وأعطاه له، فكيف يمكن أن يبقى المبدل منه فى ملك المغصوب منه أيضاً حتى يسبب الجمع بين العوض والمعوض.

إلى غير ذلك من الأدله التى تقدمت مما ينافى بقاءه على ملك المغصوب منه ونحوه.

ومن هنا يظهر وجه النظر فى قول الجواهر حيث ذكر: (إن ملكيه المغصوب منه للبدل لا- تستلزم خروج المبدل عنه عن ملك الأول، بل لعل قوله (صلى الله عليه وآله): «حتى تؤدى»^(١)) ظاهر فى خلافه، مضافاً إلى أصاله بقائه على ملكه، وإلى ما عرفته من الاتفاق عليه، ولذا لم يذكروا خلافاً بل ولا إشكالاً فى ملك نمائه المنفصل له، ودعوى أنه من الجمع بين العوض والمعوض عنه الممنوع منه شرعاً واضح الفساد، بل هى مجرد مصادره).

إلى أن قال: (فعلى الغاصب ضمان قيمه العين تحقيقاً لا تقديراً، وهو المسمى بضمان الحيلولة، ومعها يملك المغصوب منه قيمه المضمونه عليه باعتبار كونها كالدين على الغاصب فيملكها من هو له، وإن بقيت العين مملوكه له أيضاً للأصل وغيره مما عرفت) انتهى.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده أنه إذا ملك المغصوب منه البدل ملك الغاصب العين، وكونه ممنوعاً شرعاً أن يجمع بين العوض والمعوض هو مقتضى القاعده، فلم يظهر وجه وضوح فساده، كما لم يظهر وجه كونه مصادره، وأيه

ص: ٢٨٠

مصادره فى ذلك.

وعليه فإذا سرق بسبب التفريط مثلاً من عنده شاه إنسان، فأعطاه شاه بدل شاته وذهب ذلك الإنسان، ثم بعد مده جاء السارق تائباً إلى الله سبحانه وتعالى بالشاه المسروقه، وببديل لبنا وتاجها من الصوف والولد وما أشبهه، كان كل ذلك للمفريط، كما أن الشاه المعطاه ولبنا وصوفها وتاجها للذى فرط فى ماله.

وعلى ما ذكرناه من أن مقتضى ظاهر الأدله ملك المغصوب منه للبدل، فىكون الغاصب يملك العين لعدم الجمع بين العوض والمعوض، بدليل «لا ضرر» و«لا يتوى» وغيرهما، إذا حصلت العين بعد مده مديده لا حق لأحدهما فى إلزام الآخر بالتراد، إذ الأصل عدم كونه ملكاً محدوداً ولا ملكاً مراعى، فإن المحدوديه فى الملك والمراعه كلاهما بحاجه إلى الدليل، فالأصل عدمهما، ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر.

نعم قد يقال: إن مقتضى قوله (صلى الله عليه وآله): «حتى تؤديه»^(١)، مضافاً إلى الاتفاق ظاهراً، أن ملك المغصوب منه مترزل بمعنى كونه مراعى بعود المال، فىنفسخ الملك حينئذ قهراً بالأداء الذى هو غايه الضمان، ومن هنا جزم فى التذكرة بأن القيمه المدفوعه يملكها المغصوب منه ملكاً مراعىً بالحيلولة فىزول بزوالها.

وفى جامع المقاصد: هو واضح، بل هو الذى جزم به فى القواعد أولاً فقال: يترادان.

ومن هنا تعجب الكركى منه فقال: والعجب أن المصنف جزم فيما سبق

ص: ٢٨١

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العاربه ح ١٢

بالتبادل، وتردد في أن للغاصب حبس العين إلى أن يأخذ البديل، ومن هنا تردد في إجبار المالك على الدفع لو طلبه الغاصب، وينبغي عدم التردد في وجوب الرد حينئذ، لأن هذا الملك ثبت على طريق القهر لأجل عدم وصول ملك المالك إليه.

فإن كان على جهة البدليه، فإذا استحق المالك ملكه وجب عود مال الغاصب إليه، لامتناع زوال البدليه وعدم رجوع كل من البدلين إلى مالكه، وإن كان على جهة الحيلولة فقد زالت فلا وجه لعدم الرد أصلاً، لأن الحال دائر بين الأمرين، إلى آخره وإن كان يرفع عجزه ما ذكرناه من احتمال تماميه ملك المالك لما أخذه على وجه لا تسلط للغاصب على فسخه، فإن له الرضا بما قبضه عوضاً عن ماله كما عرفت) انتهى كلام الجواهر.

فإنه قد عرفت أنه لا وجه لجعله مراعى بعد ظهور الضمان في الأدله وغيرها في الملكيه لهذا الجانب المستلزم لملكيه الغاصب بضميمه أصله عدم حق أى منهما فى إلزام الآخر بالتبادل، فهل يمكن القول بأنه بعد وقوع عشرات المعاملات ونحوها كالإرث على البديل إذا حصلت العين حق لهذا الجانب أو لذلك الجانب أن يترادا، وتنهدم كل تلك المعاملات ونحوها.

لو توهم البديل

ومنه يعلم وجه النظر فى قول المحقق الرشتى: (إن لكل منهما الرجوع بزوال التعذر، لأن دفع البديل إذا كان تداركاً بغير رقبه العين كالسلطنه فيزول الحيلولة بعود التدارك، فلا يبقى ملك المالك للبديل حينئذ للزوم الجمع بين العوضين، فللغاصب إلزامه برد البديل، لأنه بزوال الحيلولة عاد إلى ملكه بعد أن خرج عنه، كما أن للمالك أيضاً مطالبه عين ماله).

ثم إن مرجع التراد إلى كون زوال التعذر بمنزله الفسخ والإقاله، لا- إلى كون ملكيه البدل مغياه بعدم زوال العين، لأن الملكيه المحدوده لا- يكاد يتعقل، وأما التحديد فى بعض صور الوقف فمرجه إلى زوال الملكيه بانتفاء الموضوع عن المالك نحو خروج الملكيه عن قابليه التمليك كالخمر) انتهى.

فإنه بالإضافه إلى ما ورد عليه فى جواب الجواهر، يرد عليه أن قوله: (لا يكاد يتعقل) غير ظاهر، فإنه ليس للتعقل مدخله فى مثل هذه الأمور الاعتباريه والتي اعتبارها بيد المعترف، اللهم إلا أن يكون مراده بعدم التعقل عدم التعقل المستفاد من الأدله لا عدم التعقل بمعناه اللغوى، ولعله أشار إلى ذلك فى أخير كلامه.

لا- يقال: إذا كان بدل الحيلوله يوجب انتقال كل واحد من البدل والمبدل منه إلى طرف آخر لزم أنه إذا ألقى إبريق غيره فى البحر وأعطاه ثمنه مثلاً فى نفس الوقت، أو بدله إبريقاً آخر، ثم خرج الإبريق المغرق فى نفس الوقت فرضاً، يلزم أن يكون هذا الإبريق مال الغاصب، والتمن مال المغصوب منه، وهذا بعيد جداً لا يدل عليه الأدله، وليس هو بعرفى على ما ذكرتم سابقاً من أن بدل الحيلوله عرفى لم يردع عنه الشارع.

لأنه يقال: فى مثل هذا المورد توهم أنه بدل الحيلوله، لا أنه فى الحقيقه بدل الحيلوله، والكلام فيما إذا لم يحصل الشىء فى القريب، كما إذا سرقه وذهب به وبعد عشر سنوات مثلاً وجدت العين المسروقه، أما إذا سرقه وذهب به وبعد غد جاء به أو أخذ منه، لا يكون الشىء الذى أعطاه المفرط، أو الملقى فى البحر مثلاً بدلاً، وإنما توهم كونه بدلاً، ولذا

فى مثل هذا المورد يلزم القول بأن نماءه أيضاً لمالكه، كما أن نماء البدل أيضاً للغاصب والمفرط.

نعم إذا ألقى إبريقه مثلاً- فى البحر، وكانت له أجره فى يوم وليله، لزم على الملقى إعطاء تلك الأجره لأنها منفعه فوتها على مالكةا، كما تقدم فى بحث تفويت المنافع.

ثم إنه حيث إن الذى حال بين المال ومالكه ضمن مثله، سواء كان مثلياً أو قيميّاً، كما ذكرنا فى أن فى القيمي أيضاً يتعلق بدمه المتلف والغاصب المثل لا- القيمه، فإنه يعتبر فى القيمه فى المقام دفع القيمه إلى يوم الدفع، فلو كان فى وقت القاء إبريقه فى البحر، أو تفريطه حتى سرق قيمته عشرون، ويوم الدفع ثلاثون، يجب دفع الثلاثين لأنه وقت تحول المثل إلى القيمه، إلى آخر ما ذكرناه هناك.

وبذلك أفتى المحقق الرشتى وآخرون، وإن كان تعليله غير تام، قال: (إن العبره ببذل العين فى حال الدفع، لا فى حال الحيلولة، لعدم سببيتها لاشتغال ذمه الغاصب بالبدل، حتى يكون مثل بدل التالف فى إقامته على زمان التلف، بل إنما صار سبباً لتوجه الأمر برد السلطنه المتوقعه على إقامه بدل العين مقامها إلى الغاصب، فالواجب عليه فى كل آن ليس إلا إقامه بدلها فى ذلك الآن مقامه، فلو عصى هذا التكليف فقد استحق إثماً من غير أن يستقر فى ذمته بدل ذلك الآن)، إلى آخر كلامه.

وإنما قلنا بعدم صحه تعليله لما سبق من أن الضمان فى الروايات وغيره ظاهر فى نفس ما يظهر من الضمان فى باب التلف.

ولذا قال في الجواهر: (إنه يتجه مطالبه المالك بالزائد إذا فرض كونها أعلى يوم التلف، ضروره بقائها على ضمان الغاصب. أما إذا فرض العكس ففي تسلط الغاصب على استرجاع الزائد نظر، أقواه العدم للأصل، ولأن دفعه مستحقاً عليه وغير ذلك) انتهى.

لكنك قد عرفت أنه يجب القول بإعطاء الأعلى إلى وقت الدفع، لا إلى زمان التلف فقط، أما الأعلى الذي نزل بعد ذلك فإن كان المالك بصدد بيعه ونحو ذلك في ذلك الوقت، مما يصدق عليه أنه ضرر بسبب حيلولته عن المالك، كان له أخذ الأعلى، وإلا لم يكن للمالك التفاوت، لعدم صدق الضرر بعد أن كان المثل متعلقاً بدمته، وقد دفع بدل المثل مثلاً أو قيمته في وقت الدفع.

أما النماء المتصل والمنفصل فقبل الدفع مضمون على الحائل، أما بعد الدفع فلا ضمان، كما إذا سبب بتفريطه سرقة شاه المالك، ثم إنها نمت نماءً متصلًا أو منفصلاً، ولم يدفع المفطر بعدُ البديل إلى المالك، فإنه ضامن له، إذ النماء أيضاً ملك المالك وقد حال هذا المفطر بينه وبين نماء ملكه، أما إذا دفع بده له ثم أن الشاه نمت عند السارق، فإنه لا يجب عليه دفع شيء، لأن البديل صار بدلاً، والمبدل منه صار ملكاً للغاصب أو المفطر.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره الجواهر، حيث قال: (يتجه ضمان ما يتلف من العين المغصوبه من النماء المتصل والمنفصل، كما جزم به في جامع

المقاصد، وإن استشكل فيه الفاضل في القواعد من حيث إنه لم يدخل تحت يده التي هي سبب الضمان، لأن الفرض تجده بعد دفع قيمه وبراءته من العين، فأولى بأن يبرأ من النماء.

وفيه أولاً: إنه سبب تلفه على المالك.

وثانياً: منع براءته من الضمان للعين فضلاً عن نمائها للأصل، ولذا قلنا بوجود قيمه عليه يوم التلف مع فرض كونها أعلى من يوم الحيلولة، إذ الدفع لها لا يقتضى البراءة من الضمان. نعم لو فرض تلفها ولم يكن لها نماء ولا زادت قيمتها، كانت قيمته يوم الحيلولة مجزئه، إذ لا يجب للعين الواحد قيمتان، اللهم إلا أن يقال: إن ذلك كله داخل في القيمة المدفوعة بدلاً عنها كالمنافع في أحد القولين^(١) انتهى.

إذ قد عرفت براءة ذمه الحائل عن العين، فكيف يضمن النماء بعد ذلك، ولا مجال للأصل هنا بعد الدليل، وهو ما تقدم من ألفاظ الضمان في الروايات وغيرها مما يدل على أنه إذا دفع برئ، لا أنه يبقى بدمته شيء.

كما أنه ظهر مما تقدم أنه لا وجه لتردد المحقق الرشتي حيث قال: (لو تلف العين بعد ما دفع بدل الحيلولة، وكان قيمته أكثر مما دفع للحيلولة، ففي ضمانه للزائد وعدمه وجهان) انتهى.

إذ اللازم القول بعدم ضمانه للزائد بأنه بعد دفع بدله فرغت ذمته.

كما أنه ظهر أيضاً عدم وجه لترديده في مسأله ما لو حصل للعين نماء متصل أو منفصل، قال: (ففي ضمان الغاصب له أيضاً وجهان).

نعم بعد ذلك أضرب المحقق الرشتي عن ترده في الفرع الأول قائلاً: (التحقيق فيه عدم الضمان، لأن دفع البدل في حكم عود سلطنه المالك على

ص: ٢٨٦

عينه حقيقه، فكأنما عادت إلى يده، فتلفها واقع في يد صاحبها حكماً في الشرع والعرف فلا وجه لضمان الغاصب بعد الدفع. نعم لو تصرف فيه أجنبي غير الغاصب دخل تحت ضمانه، إذ لا منافاه بين خروج أحد الغاصبين عن الضمان بدفع بدل العين للحيلولة مثلاً، وبين بقاء ضمان الباقيين كما في تعاقب الأيادي، فللمالك مطالبه الأجنبي بالعين أو بدلها لو تغذر في صفه الرد أيضاً، لكن لو أخذ البديل من الأول لم يكن له الأخذ من الثاني، لأن المال الواحد لا يكون له عوضان على قياس تعاقب الأيادي) إلى آخر كلامه.

فإنه وإن صح بالنسبه إلى عدم الضمان بالنسبه إلى الحائل الأول، لكن لا وجه للضمان بالنسبه إلى الغاصب الثاني لما عرفت، فإن البديل لما صار ملكاً للمالك صار المبدل منه ملكاً للحائل الأول، فلا ربط له ولا منفعه ولا نماؤه بالنسبه إلى المالك الأول.

ثم إن مفتاح الكرامه قال: (وليعلم أنه يجب على الغاصب دفع البديل فوراً إذا طلبه المالك، ويكفي لوجوب دفعه تعذر دفع العين على الفور، ولا إشكال في شيء من ذلك، وإنما الإشكال فيما إذا كان يتمكن من الدفع بعد يوم مثلاً فهل يجب دفع البديل، قال في جامع المقاصد فيما يأتي: إن إطلاق كلامهم يقتضى الوجوب، ويناسبه أن الغاصب مؤاخذ بالأشق، قال: ولم أقف على تصريح بنفي وإثبات، قلت: الظاهر من كلامهم كما سمعته أن المتمكن بعد يوم أو يومين أو ثلاثه غير متعذر عليه الرد عادة، فلا يجب عليه دفع البديل فتأمل) انتهى.

أقول: مقتضى الظاهر ما ذكره مفتاح الكرامه، لا ما ذكره جامع المقاصد

إذ لزوم رد الغصب المستفاد من النص والفتوى ظاهر في رد عينه مع التمكن، وهذا يسمى تمكناً، لا أنه لا يتمكن حتى يرجع إلى مثله أو قيمته.

نعم في مثل اليومين والثلاثة وما أشبه يلزم عليه الأجره ونحوها، حيث إنه فوت المنافع على المالك فيشمله «لا ضرر» و «لا يتوى» وغيرهما من الأدله.

وقد عرفت سابقاً أنه لو أعطى البدل بظن أنه تالف لا يمكن استرجاعه، ثم أمكن أخذه من الغاصب الثاني أو إخراجه من البحر أو ما أشبه تبين أن إعطائه البدل كان اعتباطاً، وإنما يلزم عليه رد العين بمنافعها واسترجاع البدل بمنافعه لأن أحدهما لم يصبح ملكاً لأحدهما.

وعلى كل حال، فلا ملك متزلزلاً - إطلاقاً، لأنه إن دامت الحيلولة ملك ملكاً مطلقاً، وإن لم تدم الحيلولة كان زعماً للملك لا حقيقه الملك.

ومنه يظهر حال الأيدى المتعاقبه من الغصاب على ملك المالك وحيلولة أخيرهم بين الملك وبين المالك بالإلقاء في البحر ونحوه، فإن هنا أيضاً إما ملك مطلق أو لا ملك مطلقاً.

ومنه يظهر وجه النظر في كلام الجواهر حيث قال: (بقي شيء، وهو أنه لو أخذ المالك قيمة الحيلولة في الأيدى المتعاقبه مثلاً من الأولى مثلاً، فاستحق هو الرجوع بما أداه للمالك على من حصلت الحيلولة في يده من الأيدى المتأخره، أمكن القول بملكه له متزلزلاً على حسب ملك المالك له لو رجع به ابتداءً، وعلى حسب ملك ما دفعه هو إليه، لأنه يأخذه بدلاً عما دفعه للمالك باعتبار حصول المغصوب في يده، فيملكه على حسب ملك المالك لما أخذه منه.

فإذا عادت العين ورجعت إلى المالك عاد هو بما دفعه للمالك، وعاد من كانت الحيلولة في يده بما أخذه الغاصب الأول منه، إلا أن نماء الأول للمالك ونماء الثاني للغاصب، واحتمال القول هنا بعدم جواز رجوع ذى اليد الأولى على من حصلت الحيلولة في يده، بل يختص الحكم في خصوص التلف، واضح الفساد ضروره اتحاد المدرك في الجميع(١) انتهى.

فإن كلامه هذا مبني على القول بالملك المترزل، حيث إنه إذا قلنا بالملك المترزل في اليد الحائله نقول به أيضاً في الأيادي المتعاقبه، أما إذا انهدم المبنى انهدم البناء.

انقطاع الملك العرفي

نعم هو كما ذكره من اتحاد الحكم في المسألتين، فاحتمال القول الذي ذكره واضح الفساد على ما ذكره.

ثم إنه لما كان الملك اعتباراً عرفياً قرره الشارع ينقطع الملك بانقطاع العرفيه، ولا دليل على أنه يبقى الملك الشرعي بعد انقطاع الملك العرفي، وقوله (عليه السلام): «فإن الحق القديم لا يبطله شيء»(٢)، ظاهر فيما إذا رآه العرف حقاً، لأن الموضوع يؤخذ منه، لا إذا لم يره العرف حقاً فلا يرد على ما ذكرناه.

ويؤيد ما قلناه ما ورد في الأشياء التي تلقى في البحر من السفينه المكسره، حيث ورد أنها لمن أخذها، وكذلك ما ورد في مسأله الطير الذي يطير ونحو ذلك، حيث ورد أنه لمن أخذه(٣)، وقد ذكرنا مسأله الطير والوحش والسمك حيث تهرب إلى الجو والبر والبحر في كتابي إحياء الموات والصيد، كما

ص: ٢٨٩

١- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ١٣٧

٢- انظر: الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤٥ الباب ١٧ ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٤٥ الباب ٣٦ و ٣٧ من أبواب الصيد والذبح ح ٣ و ١

ذكرنا هناك أيضاً مسأله الإعراض والانعراض، إذا صح التعبير.

وكذلك ذكرنا مسأله الأرض التي تؤخذ في الشارع ونحوه مما يوجب رجوعها إلى الإباحه الأصلية، ولو كانت قبل ذلك مسجداً أو داراً للإنسان أو وقفاً لحسينيه وما أشبه.

وعلى هذا ففي المقام إذا سبب الحيلولة سقوط الملك عرفاً، فإن البدل يصبح ملكاً للمغضوب منه ونحوه، وإذا حصل بعد مده مديده، لا يرجع إلى ملك مالكة السابق لسقوط الاعتبار العرفي، ولا دليل على الرجوع.

ومن ذلك يعرف وجه النظر فيما ذكره المحقق الرشتي، حيث قال:

(بدل الحيلولة في بعض أقسامها يقوم مقام العين، ويكون تداركاً عنها كما في صورته التلف.

أما إذا حصل اليأس منها على وجه يلحق عرفاً بالتالف، فلو اتفق عود العين، ففي جواز رجوع كل من المالك والغاصب إلى ماله كغيره من أقسام الحيلولة، فيجرى فيه عله الرجوع المشار إليها وعلمه، أى يكون كالتلف الذي يوجب دخول التالف في ملك الغاصب، فلا رجوع، وجهان.

والذي يقتضيه النظر الصائب أن يقال بالرجوع مطلقاً حتى في التلف الحقيقي، لو فرض خلقه التالف على خلاف العاده بقدره الله سبحانه، لا- لأنه مع كونه تالفاً باق في ملك المالك ولو بحكم جعلي شرعي أو عرفي، بل لأن قضيه البديله سقوط البدل مع وجود المبدل، فكما أن عود السلطنه في صورته الحيلولة موجب جواز الرد كما قررنا، كذلك عود التالف عيناً كان أو مالاً، كما في صورته بقائها وزوال صفه الماليه يوجب زوال ذلك).

ولذا قال أخيراً: (اللهم إلا- أن يقال فى هذين القسمين، أعنى عود العين أو عود المالىة: بأن العائد ملك أو مال جديد للغارم باعتبار غرامته للتالف، فلا يعود ما بذله لأجل الغرامه إلى ملكه، لأنه إنما يعود إذا كان العائد هو الذى اغترم لأجله، فىكون ملكاً للمالك كما فى بدل السلطنه، نعم يمكن أن يقال فى الأخير: بأن المالىة الجديده أيضاً متعلقه بالمالك، لكونها من توابع عينه الموجوده) انتهى.

أما ميزان أن العرف يرى أنه باق على الملكيه أو لا، فهو شىء يختلف حسب الأعراف وحسب الأشياء، نعم لو شك فى انقطاع الملكيه كان الأصل البقاء، أما إذا لم ينقطع الملك لكن المالك قد غاب بعد أخذه بدل الحيلولة بما لم يعلم مكانه، مثلاً فرط فى مال المالك حتى سرقه السارق، فأخذ المالك بدل الحيلولة وغاب غيبه لا يعرف مكانه، ثم أمكن تحصيل المال من السارق، فإن لبازل البديل أن يأخذه من باب التقاص.

وعليه فإذا زاد عما أعطاه بدلاً يكون الزائد من مجهول المالك، لكن كون الزيادة مجهول المالك إنما هو فيما إذا لم يزد البديل أيضاً، وإلا- فإذا حصل تضخم مثلاً زاد كلاهما يكون هذا فى قبال ذاك، وإن كان فى وقت إعطاء المفراط البديل للمالك لم يكن تضخم، بأن لم يكن قيمه البديل إلا- أقل من قيمه الأصل فى الحال الحاضر، إذ الاعتبار بالقيمه الآن لا بالقيمه فى وقت التفريط ونحوه.

ثم الظاهر أنه لا- فرق بين أقسام الحيلولة، سواء كان بالإلقاء فى البحر مثلاً أو فى مسبعه يخشى الذهاب إليها من السبع، أو بالتفريط فى العين حتى سرقها السارق، أو أخذها الغاصب، وبين مثل الإقرار الذى حال بين المالك

وبين ماله بسبب إقرار من له يد عليه لغير المالك، أو بالشهادة زوراً، أو اشتهاً من الشاهدين بأن المال لزيد بينما المال لعمر و
فى الواقع، إذ المناط فى الكل واحد وهو ما عرفت.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر حيث قال: (ثم إن الحيلولة التى تبقى العين فيها على ملك المالك وإن ملك القيمة، إنما
هى مع معلوميه بقاء العين على ملك مالكةا، إلا أنه منع مانع من تسليمها. أما إذا كانت الحيلولة تقتضى زوال ملك المالك
عنها فى ظاهر الشرع، كالإقرار بالغصب بعد البيع، وكالشهادة على أنها مال الغير ونحو ذلك، مما يحكم به فى ظاهر الشرع أن
العين لغير من أقر له المقر، فإذا دفع القيمة للمالك فهل العين أيضاً تبقى على ملك مالكةا كالقسم الأول من الحيلولة، أو تنزل
هذه الحيلولة منزله التلف، فيملك الحائل إذا أدى للمالك العين التى حال بينها وبين مالكةا بالإقرار، لم أجده محرراً هنا، بل
ظاهرهم فيما يأتى الأول، ولكن الثانى محتمل، وربما يشهد له بعض الكلام فى باب الإقرار) _ انتهى.

والظاهر أن مسبب الحيلولة بين المالك وملكه يلزم عليه التدارك، وإن لم تكن الحيلولة من الأقسام السابقة، مثلاً. إذا شهد
شاهدان أن زيداً ولد عمرو بينما هو ولد بكر، فلما مات بكر خلف إرثاً، لو كان زيد بظاهر الشرع ولده لكان ورثه، فإن
الشاهدين يجب عليهما تدارك الإرث، حيث إنهما بكذبهما قد فوتا المال على الوارث.

وكذلك فى مورد الإقرار، بأن كان تحت يده ولد زيد، والناس يعرفون

أنه ولده، ثم إنه أقر به لعمره مما سبب تفويت الولد على والده، وكذلك فيما إذا فوت حق المستأجر في أجيره بإقراره أو بشهادته فيما يسمع الإقرار والشهادة.

وهكذا الحال فيما إذا أقر أو شهد بأن امرأه زيد هي امرأه عمرو، مما سبب تفويت البضع على الزوج، فالظاهر أنه يجب عليه إعطاء الزوج المهر الذى خسره عليها، إلى غير ذلك من الأمثلة، وإن كان فى بعضها تأمل.

ثم إننا قد ذكرنا فى كتاب الإقرار أنه لا دليل على أنه إذا أقر إنسان لإنسان بعين، ثم أقر بها لآخر أنه يخسر للأول العين وللثانى قيمه، لأن العلم الإجمالى بأنها لأحدهما يمنع عن ذلك، والإقرار لا- يتمكن أن يقاوم العلم الإجمالى كسائر أقسام الطرق والأمارات، وكذلك دليل «لا ضرر» محكم على ما ذكره، وهو كما إذا قام شاهدان على أن الشئ لزيد، وشاهدان على أنه لعمره، فلدليل «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز(1)» لا يشمل مثل ذلك خصوصاً إذا قال المقر: إنى اشتبهت فى إقرارى الأول.

ومنه يعرف أنه لا- مبنى لبدل الحيلولة فى المقام، ولا- لغير بدل الحيلولة، فقول المحقق الرشتى: (من أقر بما فى يده لأحد ثم لآخر، ضمن للثانى قيمه المقر به، وسموه بقيمه الحيلولة، وصدقها عليه حقيقه لا- يخلو عن خفاء، إذ ليس للمقر له مال يتعذر وصوله إليه بحيلولة المقر، وإنما استحق عليه مالا بإقراره الذى هو سبب شرعاً، وقد يقال: إنه بالإقرار الأول حال بين الثانى وما فى يده باعترافه بماله لغيره، وفيه إن الإقرار الأول إتلاف لمال الثانى باعتراف

ص: ٢٩٣

المقر، فلا يكون حيلولة، نعم لما كان سبباً لخروج ماله باعترافه كان فى الحيلولة) انتهى.

فإنه لا وجه لعطاءين حتى يتكلم حول أنه بقيمه الحيلولة أو غيرها، أما إذا لا يمكن التقسيم، كما إذا اعترف ببنته زوجته لزيد، ثم اعترف بها زوجها لعمرو، فإنه يرجع الأمر إلى سائر الأدلة كالقرعة وغيرها، ولا مجال للقول بأنه يضمن للثانى المهر مثلاً، حيث إنه فوتها عليه باعترافه أولاً لغيره، ومثل حال المال ما لو اعترف لإنسان بأنه قتله، ثم اعترف بأنه قتل إنساناً آخر، ولا يمكن الجمع بين القتلين، كما إذا اعترف بأنه قتل زيداً فى مكة فى يوم السبت، واعترف أيضاً بأنه قتل زيداً فى الكوفة فى نفس يوم السبت، وفى نفس الدقيقه، حيث لا يعقل الجمع بينهما، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وكيف كان، فقد قال المحقق الرشتى: (لو قصر الزمان على حد يتسامح عرفاً لم يبعد سقوط مطالبه البدل فيه، مثل ما إذا كان العين المغصوبه فى جيب الغاصب، فإنه ليس للمالك أخذ ما فى يده بدلاً عن العين، باعتبار كون زمان إخراجها من الجيب أطول من زمان رفع ما فى اليد بدلاً، إذ ليس الخروج عن عهده المأخوذ فى مثل هذا الفرض إلا بدفع العين، فمطالبه البدل حينئذ مطالبه لغير الحق) انتهى، وهو كما ذكره.

نعم لو كان الزمان _ ولو كان قليلاً _ له أجره، فإنه قد فوت المنافع على المالك، ولذا يجب عليه تداركها كما يأتى فى المسأله اللاحقه.

(مسأله ٢٢): قال فى الشرائع: (وعلى الغاصب الأجره إن كان مما له أجره فى العاده من حين الغصب إلى حين دفع البدل).

وفى الجواهر: بلا خلاف ولا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، لما عرفته فيما تقدم من ضمان كل ما فات فى يد الغاصب ولو بآفه سماويه، إذ المنافع أموال فتضمن كالأعيان.

أقول: وقد تقدم خبر أبى ولاد(١) وغيره مما يدل على ذلك، فلا حاجه إلى التكرار.

وقال فى القواعد: والمنافع المباحه مضمونه بالفوات تحت اليد وبالتفويت.

وفى مفتاح الكرامه: (المراد بالفوات ذهابها بغير استيفاء، وبالتفويت استيفؤها، واحترز بالمباحه عن المحرمه كالغناء واللعب بآلات اللهو، وإطلاق الأصحاب منزل على المباحه، ولعل ما حرم بالعارض، كما إذا نذر المالك أن لا يستعمله فى حياته مثلاً، أو شرط عليه ذلك كذلك) انتهى.

ولا يخفى أن المراد بالمحرمه المحرمه فعلاً، مثلاً إذا كان المالك كافراً يجوز الغناء واللعب بآلات اللهو، أو مخالفاً يرى حلالاً ما نراه حراماً، فإنه يجب القول بالضمنان، لإطلاق دليل «على اليد» ونحوه بضميمه «الزموهم بما التزموا به».

ومنه يعلم الحال فى اختلاف التقليد.

وقد نقل الإجماع على الحكم من السرائر والتذكرة وغيرهما.

قال فى الثانى: منافع الأموال من العبيد والثياب والعقار وغيرها مضمونه بالتفويت والفوات تحت اليد العاديه، فلو غصب عبداً أو جاريه أو عقاراً أو

ص: ٢٩٥

حيواناً مملوكاً ضمن منافعه، سواء أتلّفها بأن استعملها، أو فاتت تحت يده بأن بقيت في يده مده ولا يستعملها، عند علمائنا أجمع.

ثم إنه نسب الخلاف إلى أبي حنيفة خاصة.

ثم إن مفتاح الكرامه وتبعه الجواهر قال: (وقيد المنفعه بكونها مما تستأجر ليخرج غضب الغنم والمعز والشجر حيث لا منفعه لها تستأجر، كما نص عليه في المبسوط، لكن كلام السرائر والتذكره والكتاب وجامع المقاصد والمسالك في باب الإجاره قد يخالف ذلك، فليحقق كلامهم فيما إذا استأجر تفاحه للشم أو الدارهم والدنانير) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أن كل شيء تعد منفعه تكون مضمونه، لشمول دليل «على اليد» وغيره له، فإذا كان الغنم والمعز يستأجر للزينة مثلاً، وكذلك الدارهم والدنانير، أو الشجر يستأجر لمنفعه الظل مثلاً، كان مقتضى القاعده الضمان.

أما المنافع المتجدده بعد إعطاء البدل إلى حين إعادته المغصوب فالظاهر عدم ضمانها، وهو الذى اختاره المحقق بقوله: (وقيل: إلى حين إعادته المغصوب والأول أشبهه)، خلافاً لمحكى المبسوط والتذكره وغيرهما ممن قال بالضمان، وذلك لأصالة البراءه، ولأن القيمه المأخوذه منزله منزله المغصوب، فكأنه عاد إليه وقد دفع القيمه فبرئ، بالإضافة إلى أن المالك استحق الانتفاع بالقيمه التى هى عوض وبدل فى المعنى فلم يبق على الغاصب حق فى ذلك المال، وإلا لم تكن فائده للغاصب فى الدفع.

وقد تقدم الكلام حول ذلك، ومقتضى القاعده عدم الفرق بين أن استوفى منافع المغصوب الغاصب أو غيره، أو ذهبت هدرًا.

وبذلك ظهر وجه النظر فى قول المحقق الرشتى بعد اختياره كلام المحقق: (نعم لو استوفى المنافع غير الغاصب أمكن إلحاقه بالنماء، لأن المنافع المستوفاه

مال بماليه مغايره لماليه العين بخلاف غير المستوفاه فافهم).

ولعله أشار بذلك إلى وجه النظر في كلامه، إذ قد صدق أن المبدل صار للغاصب في قبال كون البديل للمغصوب منه، فإذا طلب إنسان المنتفع بالمنافع لكان ذلك الغاصب لا المغصوب منه، فإنه جمع بين العوض والمعوض.

وبذلك يظهر وجه النظر في انتصار الجواهر للمبسوط والتذكرة وغيرهما لبقاء العين المغصوبه على ملك المالك، وعلى وجوب ردها على المغصوب منه مع التمكن، وعلى ضمانها وضمانيها، وأن القيمة للحيلولة غرامه شرعيه ثبتت بالأدله، وهي لا تقتضى براءه ولا تغييراً للحال الأول، انتهى.

فإن ذلك أشبه بالمصادره، وأبعد من ذلك قوله أخيراً: (فالتحقيق الوجوب خصوصاً إذا كان تعذر الرد ناشئاً عن اختيار الغاصب، بل قد يقال بوجوب الأجره حتى مع استمرار الاشتباه وعدم معرفه كون المغصوب باقياً، أو تلف على وجه لا تكون له أجره إن لم يكن إجماع على خلافه للأصل، فتأمل).

ولعله أشار بالتأمل إلى ضعف ذلك، فإن روايات الضمان التي تقدمت وغيرها في المسروق ظاهرها الضمان بالمثل أو القيمة فحسب، لا أن يكون شيء آخر عليه.

قال في الشرائع: ولو غصب شيئين ينقص قيمه كل واحد منهما إذا انفرد عن صاحبه كالحخين، فتلف أحدهما ضمن التالف بقيمته مجتمعاً، ورد الباقي وما نقص من قيمته بالانفراد.

وفي الجواهر: (بلا خلاف أجده في شيء من ذلك، إلا من الشهيد، فإنه قال في اللعنه: في الفرض يضمن قيمه التالف مجتمعاً وهو يقضى بأنه لا يلزمه

إلا خمسه، في مثل ما إذا كان قيمتهما مجتمعين مثلاً عشرة، وقيمه كل واحد منفرداً ثلاثه، ولعله لأنه لم يتلف غيره، ولأن نقص الباقي نقص سوق فلا يضمن.

وفيه: إنه تلف مع صفه الاجتماع المشتركه بينهما، والفرض ضمانها، ونقص السوق الذي لم يضمن هو الذي لا يكون بسبب شيء في المغصوب، ولو وصفاً للمفروض الذي هو كفكك تركيب باب) انتهى.

وذلك لأن أدله الضمان والتي منها العرفيه كما سبق شامله لمثل ذلك، فإنه قد أتلف مال الغير بقدر سبعة عرفاً.

نعم إذا غصب اثنان كل واحد فرد حذاء في حال واحد، كان اللانزم على كل منهما خمسه، لأن الهيئه الاجتماعيه صارت مغصوبه لهما لا لأحدهما، وكذا إذا غصب أحدهما خفاً ثم غصب الآخر خفاً ثانياً، فإن الواجب على الأول سبعة، وعلى الثاني ثلاثه على إشكال، لأن الأول صار بالغصب عليه سبعة فالثاني لا يمكن أن يكون عليه سبعة ولا خمسه، لأنه في هذا الحال يكون على الغاصب أكثر من قيمه وهو ما لا يدل عليه الدليل.

كما لا وجه لانعكاس الأمر بأن يقال صار على الثاني بسبب غصبه سبعة، وانقلب ما كان على الأول إلى ثلاثه مثلاً، أو صار عليه خمسه فانقلب على الأول خمسه بنقص اثنين، وإن كان من المحتمل الانقلاب من السبعة إلى الخمسه، لأن الهيئه الاجتماعيه صارت مغصوبه لهما، فلا فرق في الخمسه بين غصبهما معاً أو غصبهما متعاقباً.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي في إشكاله في الهيئه

الاجتماعيه الاعتباريه قال: (إن كان الاجتماع بحيث يجرى فى العرف فى معاملاتهم وسائر أغراضهم مجرى الشىء الواحد فهو محل البحث، وإن كان مقدوراً فى الواقع، وأما مطلق الاجتماع الموجب لزياده قيمه الآحاد مجتمعاً فليس بمحل الكلام، فالدار الواقعه فى جوار المسجد أو الحمام، وإن كانت قيمتها مع اعتبار المجاوره أكثر من قيمتها حال الانفراد، إلا أن مرجع ذلك إلى اختلاف الرغبات غير المضمونه، لا إلى نقص فى الدار بسبب زوال وصف الهيئه الاجتماعيه، فلو غصب داراً وحماماً متجاورين ثم خربت الحمام لم يضمن النقص الحاصل فى الدار) انتهى.

إذ فيه: إنه لا- فرق عرفاً بين الأمرين، ودليله بقوله: (إلا- أن مرجع ذلك إلى اختلاف الرغبات غير المضمونه لا إلى نقص فى الدار) آت أيضاً فى زوجى الحذاء، فإن غصب أحد الخفين لا يوجب نقصاً فى الخف الآخر مع أنه مضمون، فالدار حيث كان إلى جنبها الحمام كانت تشتري بألف، أما إذا هدم الحمام صارت قيمه الدار بتسعمائه، فمن ذا الذى سبب ضرر هذه الدار إلا الغاصب.

نعم فى بعض الأمثله لا يكون ضمان، كما إذا كانت الدار مجاوره لدار عالم فقتل هذا الإنسان العالم، فإنه لا يضمن نزول قيمه الدار، كما أنه إذا استدعى العالم إلى محله أخرى لا يوجب ذلك ضماناً بتنزل قيمه الدار فى هذه المحله التى كانت مجاوره لبيت ذلك العالم.

ولو شك فى مكان فالأصل البراءه وعدم ضمان الزائد.

أما إذا كان تلف أحد الخفين يسبب سقوط الآخر عن القيمه

فاللازم عليه أن يعطى للمغصوب منه قيمه كاملاً.

وقد تقدم أنه بذلك يملك ما بقى من المغصوب، لأن لا يجمع بين العوض والمعوض الذى هو خلاف ظاهر الدليل.

ثم قال الشرائع: (وكذا لو شق ثوباً نصفين فنقصت قيمه كل واحد منهما بالشق ثم تلف أحدهما).

أى أنه يغرم قيمه النصف الذاهب مجتمعاً، ويرد الباقي مع أرش نقصانه الحاصل بالانفراد، إذ هو حينئذ كمسأله الخفين كذا فى الجواهر، لكن يختلف هنا عن مثل الخفين أنه لو حصل النقص بالشق ضمنه أيضاً، حتى لو ردهما لشمول دليل «من أتلف» وغيره له.

أما لو زادت قيمه بالشق فقد تقدم، وسيأتى أيضاً أن الغاصب يصبح شريكاً كما فى الخياط يفصل الثوب قباءً أو قميصاً، حيث تزداد قيمه بذلك.

وربما يؤيد أن الغاصب له سعيه ما رواه الوسائل فى باب من أنكر وديعه ثم أقر بها، عن مسمع، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): إني كنت استودعت رجلاً مالاً فجحدنيه وحلف لى عليه، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ، وهذه أربعة آلاف درهم ربحتها فى مالك فهى لك مع مالك واجعلنى فى حل، فأخذت المال منه وأبيت أن آخذ الربح، وأوقفت المال الذى كنت استودعته وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى، قال: فقال (عليه السلام): «خذ الربح وأعطه النصف وأحله، إن هذا رجل تائب والله يحب التوابين»^(١).

فإن إعطاء النصف ظاهر أنه من باب المضاربه، فإن المال والعمل كلاهما إذا اجتمع على ربح

ص: ٣٠٠

فالربح بينهما كما ذكرنا تفصيله في كتاب المضاربه.

ومما تقدم من اقتضاء القاعده ضمان ما فوته الغاصب على المالك، سواء كان هيئه الاجتماع أو العين، يظهر وجه النظر في تردد الشرائع في المسأله حيث قال: (أما لو أخذ فرداً من خفين يساوي عشره، فتلف في يده وبقي الآخر في يد المالك ناقصاً عن قيمته بسبب الانفراد، رد قيمه التالف لو كان منضمماً إلى صاحبه، وفي ضمان ما نقص من قيمه الآخر تردد).

ولذا كان المحكى عن الإيضاح وجامع المقاصد والمسالك أنه يضمن قيمه ما نقص كصوره غضبهما، لأنه سبب ذهاب القيمه، فيشملة دليل الضمان، ولا يقف أمام ذلك أنه لم يدخل تحت يده كى يكون مضموناً عليه كالأول، وإن قال به الجواهر، وأيده بقوله: لم يتضح لنا اندراج مثل ذلك في المستفاد من نصوص الضمان به، والأصل البراءه.

إذ قد عرفت أن السبب أيضاً ضامن، ولا ينحصر سبب الضمان في الغصب فقط، لشمول مثل قوله (عليه السلام): «الغصب كله مردود» (١) له، فإنه بغضبه أحدهما غصب الاجتماع أيضاً، كما أنه يشمله دليل «لا- ضرر» (٢)، و«لا- يتوى» (٣)، و«فوتها» (٤) وغيرها مما تقدم سابقاً تفصيل الكلام فيها.

وبذلك يظهر أنه لا- وجه لضمان ثلاثه أو خمسه، وإن احتملها في القواعد، قال: (أما لو غضب أحدهما وحده، ثم تلف أو أتلف أحدهما، فإنه يضمن قيمه

ص: ٣٠١

-
- ١- الوسائل: ج ٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤
 - ٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح ٣
 - ٣- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٤٦ من نواذر الشهادات ح ٥
 - ٤- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١

التالف مجتمعاً خاصه وهى خمسه، ويحتمل ضمان سبعة، لأنه أتلّف أحدهما وأدخل النقص على الباقي بتعديده، ويحتمل ثلاثه لأنه قيمه المتلف) انتهى.

ولذا علله فى مفتاح الكرامه تبعاً لغيره: (بأنه أتلّف أحدهما وأدخل النقصان على الثانى بتسبيبه وتعديده، فأشبهه ما لو حلل أجزاء الباب أو السرير فنقصت قيمته فإنه يضمن النقصان، ولم يذهب هنا سوى الجزء الصورى، فعرفنا أن الجزء الصورى مضمون، والجزء الصورى فى زوجى الخف وشبهه قد أتلّفه المتلف بإتلاف أحدهما، فيكون ضامناً له كما يضمن الذى أتلّفه منهما، وقد تقدم أن الضمان يحصل بالتسبيب وإن لم يكن هناك غضب) انتهى.

ومنه يظهر أنه لا- وجه لضمان الخمسه، وإن علل بأنه كما لو أتلّف رجل أحدهما وآخر الآخر فإن كل واحد منهما يضمن خمسه، إذ فى هذا المقام يحصل المغصوب منه على كل ماله، بضميمه أنه لا وجه للزيادة على أحد الغاصبين فقط.

أما فيما إذا غضب إنسان أحد الزوجين وأتلّفه، ثم أرجع إليه ثلاثه أو خمسه فإنه لا يحصل المغصوب منه على كل ما فقده.

ولا- يخفى أنه لو كان الحذاء والباب ونحوهما مثلياً، فاللازم على الغاصب أن يرد مثل الفرده التى أتلّفها، فلا يكون عليه شىء آخر حتى إذا كانت قيمه الفرده التى يشتريها ثلاثه دراهم مثلاً فى المثال.

ولا يخفى أنه لا وجه لتشبيه المقام بالسرقة، حيث إنه لو سرق الخف الذى يسوى ثلاثه فقط، فإذا كانت الثلاثه أقل من ربع دينار لم يقطع، وذلك لأن الكلام فى الضمان هنا من باب التسبيب لا من باب السرقة.

ولذا قال العلامة فى محكى التذكرة: (لو أخذ أحدهما على صورته السرقة

وقيمة مع نقصان الثانی نصاب لم يقطع إجماعاً، لأن الزائد إنما ضمنه في ذمته بتفريقه بين الخفين، فكان كما لو ذبح شاه تساوى ربع دينار في الحرز ثم أخرجها وقيمتها أقل فإنه لا يقطع، فكذا هنا) انتهى.

قال في الجواهر: (لا إشكال في عدم القطع بالنقصان في الثاني المفروض تتمه النصاب به لعدم كونه من السرقة، إنما الكلام في نقصان المسروق نفسه والظاهر عدمه أيضاً، لأن نقصانه وإن كان مضموناً عليه لكنه غير داخل في المسروق نفسه) انتهى.

وعلى ما ذكرناه فإذا كان أحد الزوجين يساوى ربع دينار قبل السرقة، أما بعد السرقة يساوى أقل من ذلك، فمقتضى القاعدة أنه يقطع، فهو مثل ما إذا سرق الجمد من مكان يسوى ربع دينار، ثم ذهب به إلى مكان يسوى أقل من ذلك، فإنه قد سرق ما يسوى ربع دينار فعليه القطع، كما أنه في عكسه لا يقطع، فإنه إذا سرقة في مكان لا يسوى ربع دينار، ثم ذهب به إلى مكان يسوى ربع دينار، فإنه لم يسرق ربع دينار حتى يقطع.

وعلى أى حال، فلا وجه للخلط بين المسألتين، لأن إحداهما من مسأله التسيب والأخرى من مسأله السرقة، ولا ربط لإحداهما بالأخرى.

ثم قال الشرائع: (لا يملك العين المغصوبه بتغييرها وإخراجها عن الاسم والمنفعه، سواء كان ذلك بفعل الغاصب أو فعل غيره، كالحنطه تطحن، والكتان يغزل وينسج) انتهى.

وذلك لأنه لا دليل على الخروج عن الملك بذلك، إذ الملك ليس متعلقاً بالعنوان ونحوه، وإنما هو متعلق بذات الشيء، وذات الشيء باق وإن جعل الحطب رماداً إذا كان للرماد قيمه معتد بها.

وفى الجواهر استدلال على ذلك بالأصل والإجماع بقسميه، كما استدلال بذلك غيره كمفتاح الكرامه ونحوه.

نعم قد تقدم أنه إذا انتقل الأمر إلى البدل، كان المبدل منه للغاصب، لامتناع الجمع بين العوض والمعوض شرعاً، كما يستفاد من الأدله.

أما قول الجواهر بعد ذلك: (ولا شيء للغاصب عن عمله الذى هو غير محترم بسبب عدم الإذن فيه وإن زادت به قيمه)، فقد سبق أنه خلاف ظاهر النص الوارد فى القرآن الحكيم، حيث قال سبحانه: (وإن ليس للإنسان إلا ما سعى) (١)، مما يدل على أن سعى كل إنسان له، وكون عمله حراماً تكليفاً لا يوجب سلب ماليته وضعاً، كما أنه تقدمت روايات تدل على ذلك، وستأتى أيضاً عند تعرض الشرائع له.

ثم قال: (بل إن كان مما يمكن رده إلى الحاله الأولى، وأراد المالك رده وجب على الغاصب ذلك، ويضمن أرش النقص إن كان. نعم لو يرضى المالك ببقائه على الحاله لم يكن له رده لحرمة التصرف فى مال الغير، بل هو كذلك مع الجهل بحاله أيضاً، كما أنه للمالك إذا لم يمكن رده كطحن الحنطه أرش نقصه، إن فرض على الغاصب، وذلك كله واضح) انتهى.

أقول: أما وجوب رده إلى ما كان إذا أمكن، فهو مقتضى دليل (اليد) على ما يستفیده العرف منه، بالإضافة إلى أنه عرفى، وقد تقدم أن الشارع أمضى العرف حيث لم يغيره، لكن ذلك إذا لم يستوجب ذهاب ماليته التى أحدثها فى

ص: ٣٠٤

المغصوب، وإلا فدلّيل «لا ضرر» محكم على دليل «على اليد»، كما سبق مثل ذلك في أوائل الكتاب.

نعم ما ذكره من أنه لو رضى المالك ببقائه على حاله لم يكن له رده تام، للعله المذكوره من حرمه التصرف فى مال الغير بدون إذنه، كما أنه لا يختلف الحال بين العلم والجهل، لأن الضمانات بمثلى عن الأمرين.

ص: ٣٠٥

(مسألة ٢٣): قال في الشرائع: (ولو غصب مأكولاً فأطعمه المالك، أو شاء فاستدعاه وذبحها مع جهل المالك ضمن الغاصب).

وفى الجواهر: (بلا- خلايف ولا- إشكال، وإن كان المالك المباشر للإتلاف ولتسلم المال، إلا أنه ليس تسليماً تاماً يتصرف به المالك تصرف الملاك في أملاكهم على أنه مال له) انتهى. وقد تقدم فيما سبق وجه ذلك.

وفى القواعد: (ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار، وكذا لو أودعه المالك أو أجره إياه).

وفى مفتاح الكرامة: (أى يرجع عليه بعوض العين والمنافع وعوض الإجاره كما فى جامع المقاصد، وفى التذكرة إنه لا يبرؤ من الضمان، وقضيته أنه لو تلف فى يده رجع إليه بقيمته، لأنه لم يعد إليه سلطانه، إذ هو على طريق النيابة عن الغاصب فى الحفظ، أو استيقاء المنفعة فلم يكن التسليم تاماً، وكذلك الحال فيما إذا رهنه إياه أو أعاره له عاريه غير مضمونه) انتهى.

وقوله: (فلم يكن التسليم تاماً) إشاره إلى «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» فإنه ليس أداءً، لانصراف الأداء عن مثله، فيلزم عليه بعد تلف العين أو المنفعة دفع مثله أو قيمته.

ومنه يعلم أنه لو استأجر المالك الغاصب لبناء دار المالك، أو غير داره كحمامه ونحوه، وجعل المالك أنه ماله، فإن عليه إعطاء الأجره له، وفى كونها أجره المثل أو أقل الأمرين ما ذكرناه فى كتاب الإجاره.

وكذا لو أعطى لباسه له مشعراً إياه بأنه لباس الغاصب، أو أعطاه مسكنه ليسكنه فسكنه، من غير فرق فى ذلك كله بين جهل الغاصب وعلمه، لو حده الدليل فى الجميع.

وكذا إذا أعطاه متاعه في السفينه حيث كانت مثقله فقال: ألقه في البحر، فألقاه المالك، زاعماً أنه مال الغاصب، بينما كان المال مال نفسه.

نعم إذا كانت السفينه مشرفه على الغرق بحيث إنه لو لم يلق في البحر لغرقت وهلكوا، فالظاهر أنه لا يضمن المعطى، لأن مثل هذا المال لا احترام له حينئذ، لقاعده الأهم والمهم.

ولا يبعد أن يكون الحال كذلك في عدم ضمان الغاصب إذا كان المالك مشرفاً على الموت من جهة عدم الأكل، فأعطاه ماله مشعراً إياه بأنه مال المعطى، وكذا إذا أعطاه لباسه فيما كان المالك مشرفاً على الموت من جهة البرد أو نحو ذلك، فإنه في كل ذلك حيث كان محسناً (وما على المحسنين من سبيل) (١)، ومأموراً من الشارع بذلك كان دليل الضمان منصرفاً عنه.

ومما تقدم يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامه: (وأما إذا وهبه للمالك أو أهداه إليه، أو باعه منه وسلمه إليه، أو أقرضه له، فإنه فيها كلها لا يرجع عليه لأنه قد تسلمه تسليماً تاماً فسقط حقه، وزالت يد الغاصب عنه بالكلية)، وإن تبعه الجواهر في ذلك، لما عرفت من انصراف دليل الأداء عن مثل ذلك، والناس يتصرفون في الهبه والقرض تصرفاً لا يتصرفون مثله في أموالهم.

ومنه يعلم عدم وجه للترديد في القواعد فيما لو وهبه الغاصب من آخر فرجع المالك عليه، قال: (احتمل رجوعه على الغاصب لغروره، وعدمه لأن الهبه لا تستعقب الضمان) انتهى.

فإن مقتضى القاعده هو الرجوع، لما ذكره من الغرور، فإنه قد غره بكون

ص: ٣٠٧

ذلك ملكه، وأنه قد وهبه إياه بغير عوض، ومقتضى الهبه أنه إذ أتلّف في يده لا يلزم عوضه إذا كان للواهب، وقد تبين كونه مغصوباً، والمغرور يرجع على من غره، وهو خيره جامع المقاصد كما في مفتاح الكرامه.

ولذا رد القواعد مفتاح الكرامه بعد ذلك بأنه وإن كان أخذها على أن تلفها منه، لكنه لم يأخذها على أنه عليه، فكان الغرور باقياً، فيعمل بمقتضاه، قال: ولا ترجيح في التذكرة، ولم يذكره في الإيضاح.

ومنهما يظهر وجه النظر في كلام الجواهر قال: (ومن هنا لو دفع إليه عوض حقه الثابت عليه على سبيل الهبه اللازمه، فأخذه المالك على هذا الوجه ونوى الدافع عن حقه كان وفاءً على الأقوى، كما عن التذكرة، بل صرح غير واحد بالاكْتفاء في ذلك للأداء)، إلى أن قال: (ولذا اكتفى الأصحاب بالِدَس في المال على وجه يكون في يده على أنه من أمواله، وبالجملة فالمدار على صدق الأداء في المقام) انتهى.

إذ فيه ما عرفت، وتمثيله بالِدَس غير ظاهر، إذ الدس في المال أداء، فإن المدسوس إليه يعامل معه معاملة ماله، بخلاف الهدية والهبة، فإنه يتعامل معهما معاملة مال جديد وصل إليه بدون عوض.

لا يقال: فكيف أمر الإمام زين العابدين (عليه السلام) الزهري بإلقاء الدية في بيت ولي الدم صرراً في أوقات الصلوات، وجعل ذلك مبرئاً لذمته [\(١\)](#).

فإنه يقال: بالإضافة إلى احتمال أن الولي كان يعلم أنه من الزهري ديه، أن تصرف الإنسان فيما وجدته في داره وزعم أنه ليس ملكه تصرف بضمان،

ص: ٣٠٨

فليس مثل تصرف الموهوب له في الهبه، والمهدى إليه في الهديه، أو كان ذلك لولايه الإمام (عليه السلام)، أو كان لامتناع المالك، أو غير ذلك.

قال في القواعد: (ولو أمره بالأكل فباع، أو بالعكس، أو عمم الانتفاع فالأقرب زوال الضمان إلا في الأخير على إشكال).

وقد علل مفتاح الكرامه وجه زوال الضمان في الأولين بأنه لو كان مملوكاً للغاصب لضمنه له لمخالفته، وكلما يضمنه لغيره على تقدير ملكه له يزول ضمان الغير له بفعله إذا كان له أى للفاعل، لأنه لا يتصور فيه الغرور، إذ تغريبه إنما هو بكونه ملكه أى الغاصب، وعلى تقدير الملك فالضمان ثابت، قال: وهو خيره جامع المقاصد.

وربما احتمل الضمان أيضاً، لأن الآخذ مغرور، ولم يتحقق تسليم الغاصب ملكه له تسليماً تاماً، فلا يشمل قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١).

لكن الأقرب هو الوجه الأول، لما ذكره الجواهر (بأنه وإن كان لا يصدق على تسليمه أنه أداء، إلا أنه صار في عهده المالك لو كان مملوكاً لغيره، ومثله يسقط الضمان على من عليه الضمان، ولو لظهور أدله الضمان في غير الفرض أو غير ذلك) انتهى.

ومثله في ارتفاع الضمان ما لو أخذ المالك ماله من يد الغاصب زاعماً أنه مال الغاصب، فإنه باستيلائه على ماله يرتفع ضمان الغاصب، وإن كان زاعماً أن الاستيلاء غصب.

ومما تقدم علم أن مقتضى القاعده الضمان في المثال الثالث للقواعد، وهو تعميمه الانتفاع لأنه مغرور بكون المالك للغاصب، وأن أنواع التصرفات مجوزه

ص: ٣٠٩

له من قبله، وأن يده متفرعه عن يده، وأن تصرفه مقصور على إذنه، وأنه مجرد إباحه فله أن يرجع إلى العين فيأخذها، وأنه يجب عليه بالطلب تسليمها إليه، فكان سلطان الغاصب غير مرتفع عنها بحيث يصير المالك آمناً من رجوعه عليه، كما في مفتاح الكرامه.

وحاصله يرجع إلى أن قوله (عليه السلام): «حتى تؤديه» منصرف عن مثل ذلك، فـ «على اليد» شامل له، فاحتمال زوال الضمان بأنه سلمه له تسليمًا تاماً، فبرئ منه فإتلافه عليه لو أتلفه، فلا يكون مضموناً على الغاصب، غير تام، وإن كان وجهاً لاحتمال القواعد في إشكاله.

ثم إنه إذا كان التسليم تاماً جرى في حول الزكاه، أما إذا لم يكن التسليم تاماً لم يجز، على ما ذكر من التفصيل لذلك في كتاب الزكاه.

ولذا قال في مفتاح الكرامه: لو لم يكن التسليم فيها تاماً لم تجز في حول الزكاه من حين القبض، مع أنها تجزى فيه من حينه إجماعاً.

ومما تقدم يعلم حال ما إذا أعطاه ماله بعنوان ربحه في المقامره، أو ربحه في الربا، أو بعنوان أنه بدل خمر أو خنزير أو ما أشبهه، فإنه لا يرفع الضمان، لانصراف دليل «حتى تؤديه» عن مثله.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا أعطاه بعنوان الخمس أو الزكاه أو المظالم، حيث إن ذلك لا يكفي في براءه ذمته.

قال في الشرائع: (وإن أطعمه غير المالك قيل يغرم أيهما شاء، لكن إن أغرم الغاصب لم يرجع على الآكل، وإن أغرم الآكل رجع الآكل على الغاصب لغروره، وقيل: بل يضمن الغاصب من رأس ولا ضمان على الآكل، لأن

فعل المباشر ضعيف عن التضمين بمظانه الاغترار، فكان السبب أقوى) انتهى.

لكن مقتضى القاعده هو القول الأول الذى نسب إلى المشهور.

بل فى الجواهر: (إنا لم نتحقق قائل القول الثانى منا، نعم هو قول الشافعى فى القديم وبعض كتبه الجديد) انتهى.

وإنما نقول بتغريم أيهما شاء، لقاعده «من أتلف مال غيره فهو له ضامن»، وإنما يرجع الأكل إلى الغار، لقاعده الغرور التى تقدمت.

قال فى الجواهر: لقوله (عليه السلام): «المغرور يرجع على من غره»^(١).

وفى هامش الجواهر: لم نعر على هذا النص من أحد المعصومين (عليهم السلام)، وإن حكى عن المحقق الثانى (قدس سره) فى حاشيه الإرشاد أنه نسب ذلك إلى النبى الأكرم (صلى الله عليه وآله).

وكيف كان، فمثل الإطعام سائر أنحاء الاستفاده، سواء كانت استفاده إتلافيه، أو استفاده منفعيه، كما إذا ألبسه غير المالك، أو أسكنها غير المالك، أو أعطاه لغير المالك فبخره أو ما أشبه ذلك، لأن الدليل فى الكل واحد.

لكن من الواضح أن رجوع المتلف إنما هو إذا كان مغروراً، أما إذا لم يكن مغروراً بأن علم أنه مال غيره وأعطاه غضباً، فإنه لا يحق له الرجوع إلى المعطى.

ص: ٣١١

١- المستدرک: ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب فى النکاح ح ٦

(مسأله ٢٤): قال فى الشرائع: (ولو غصب فحلاً فأنزاه على الأثنى كان الولد لصاحب الأثنى، وإن كانت للغاصب).

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه مثل عباره الشرائع: (صرح فى المبسوط والسرائر والتذكره والتحرير والإرشاد والدروس بالحكم المذكور، وإجماعاً على الظاهر كما فى جامع المقاصد وفى المسالك، وكذا الكفايه أنه لا خلاف فى كون الولد فى الحيوان غير الإنسان تابعاً للأثنى، سواء كانت للغاصب أو لغيره).

ثم نقل عن جامع المقاصد ومجمع البرهان التأمل فى هذا الحكم، حيث قال أولهما: (إنه یرد علیه أن الولد منى الفحل، فلا يكاد يوجد الفرق بينه وبين الحب إذا نبت فى أرض الغير، وردة: بأن الفرق واضح، فإن النطفه لا- قيمه لها وليست مملوكه بعد انفصالها، ولا- واجبه الرد إلى مالک الفحل، والنشو والنماء من الأثنى، ولا- كذلك الحب، فإنه مملوك له قيمه ويجب رده) انتهى.

وتبعه الجواهر فى كل ذلك، وأضاف قوله: (بل يمكن تحصيل القطع به من السيره المستمره فى سائر الأعصار والأمصار على تبعيه الولد فى غير الإنسان للأثنى، من غير فرق بين الغاصب وغيره) انتهى.

وفيه ما لا يخفى، فإن الإجماع غير محقق، بالإضافة إلى أنه محتمل الاستناد بل ظاهره فلا حجية فيه، والقول بأن النطفه لا قيمه لها خلاف الوجدان، والسيره غير ظاهره، فاللازم أن يعمل حسب القواعد الأولى، وهو أن الولد بينهما كما ذكرنا مثل ذلك فى الحب أيضاً، لأن كلاً من الأم والأب دخيل فى هذا الولد، كما أن كل واحد من مالک الحب ومالک الأرض دخيل فى الزرع.

ولذا ذكرنا فى كتاب إحياء الموات أن قاعده (الزرع للزارع ولو كان

غاصباً) غير ظاهره الوجه، فاللزام الرجوع إلى العرف في أن هذا النتاج أى قدر منه لهذا، وأى قدر منه لذاك.

ومنه يعلم ما إذا ربي الغاصب منى حيوان غيره فى ظرف فانتج، وكذا الحال فى غضب البيضة واستفراخها، فإن الملاك فى الكل واحد.

قال فى الشرائع: (ولو نقص الفحل بالضراب ضمن الغاصب نقصه وعليه أجره الضراب).

وقال الشيخ فى المبسوط: لا يضمن الأجره، والأول أشبه لأنها عندنا ليست محرمة.

وفى القواعد: وعليه الأجره على رأى، والأرش لو نقص بالضراب، ولا تتداخل الأجره والأرش.

وفى مفتاح الكرامه: إنه خير الشرائع والتذكرة والتحرير والإرشاد والمختلف والإيضاح والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمسالك والكفايه، وفى الأخيرين نسبته إلى الأ-كثر، وليست فى محلها لانحصار الخلاف إن كان فى الشيخ فى المبسوط وهو نادر.

وفى التذكرة ونهايه الأحكام: إن استيجار الفحل للضراب ليس محرماً عند علمائنا.

وفى السرائر: إنه مذهب أهل البيت (عليهم السلام) قال: (وعليه أجره الفحل عندنا، وما ذكره شيخنا فى مبسوطه من أن أجره الفحل لا تجب على الغاصب لأن النبى (صلى الله عليه وآله) نهى عن كسب الفحل(1))، فهو حكاية مذهب المخالفين،

ص: ٣١٣

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٦٥ الباب ٦ من أبواب ما يكتسب به ح ١٤

فلا يتوهم متوهم أنه اعتقاده) انتهى.

أقول: إن كان ذلك مذهب الشيخ فهو ناظر إلى هذه الرواية، وحيث إن الرواية موجودة في كتب فقهاءنا فلا داعي إلى ما عمله معلق الجواهر من طرحه لها، فإن كتب قدماء الفقهاء مستند في الروايات كالأستناد إلى كتب الحديث.

فقد روى الصدوق كما في الوسائل، قال: «نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله) عن عسيب الفحل، وهو أجر الضراب»^(١).

ومثله ما رواه مستدرک الوسائل، عن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله، عن أبيه، عن آبائه (عليهم السلام): «إن رسول الله (صلى الله عليه وآله) نهى عن بيع الأحرار»، إلى أن قال: «وعن عسب الفحل»^(٢).

وعن الجعفریات، عن علي (عليه السلام)، إنه قال: «من السحت عسب الفحل، ولا بأس أن يهدى له العلف»^(٣).

ولعل الحكم تقيه، لما رواه ابن أثير في نهايته على ما حكى، أنه (صلى الله عليه وآله) نهى عن عسب الفحل، ثم قال: عسبه ماؤه وضرايه. وكذلك روى عن سنن البيهقي^(٤).

أو أنه محمول على الكراهه، كما عن المسالك والكفايه وغيرهما أنهم حملوا النهي في الخبر على الكراهيه.

أو على بيع مائه باعتبار أنه نجس في بعض الحيوانات، ومحرم في بعض الحيوانات المحلله، فبيعه حرام، وإن كانت أجره الضراب حلال، لكن في كونه أيضاً محرم البيع نظر، كما ذكرناه في المكاسب.

ص: ٣١٤

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٣

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٤٢٨ الباب ١٠ من أبواب ما يكتسب به ح ٢

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٤٢٨ الباب ١٠ من أبواب ما يكتسب به ح ١

٤- انظر سنن البيهقي: ج ٥ ص ٣٣٩

وكيف كان، فقد روى حنان بن سدير، كما فى الكافى، قال: دخلنا على أبى عبد الله (عليه السلام) ومعنا فرقد الحجام، إلى أن قال: فقال له: جعلنى الله فداك، إن لى تيساً أكرهه، فما تقول فى كسبه، قال: «كل كسبه، فإنه لك حلال، والناس يكرهونه»، قال حنان: قلت. لأى شىء يكرهونه وهو حلال، قال: «لتعير الناس بعضهم بعضاً» (١).

وفى روايه أخرى، عن معاويه بن عمار، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى حديث قال: قلت له: أجر التيوس، قال: «إن كانت العرب لتعابر به، ولا بأس» (٢).

وعن الشيخ روايته بإسناده، عن الفضل بن شاذان (٣).

ثم إنه علم مما ذكرناه فى بعض المسائل السابقه، أن اللازم القول بضمان الأجره إذا فاتت تحت يد الغاصب ونحوه وإن لم يستوفها، فحال ذلك حال منفعه الدار ونحوها.

ولذا قال فى الجواهر: (بل قد يقال بضمانها بفواتها تحت يده وإن لم يستوفها، بل ينبغى الجزم به إذا كان مما يعتاد استيجاره لذلك، أما مع عدمه فلا يخلو من إشكال، إذ صحه الإجاره أعم من الضمان بالغصب، وإلا لوجب على من غصب تفاحه أجرتها للشم، أو دراهم أو دنانير أجرتها للزينة، بناءً على صحه الاستيجار لذلك، والتزامه فى غايه البعد لعدم صدق فوات المال) انتهى.

وحيث إن النقص شىء، والأجره شىء آخر،

ص: ٣١٥

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح ١

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٢ ص ٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يكتسب به ح ٢

قال العلامة فيما تقدم من القواعد: لم يتداخلا، وهو مقتضى القاعده كما لا يخفى.

بل مقتضى القاعده أنه إذا لم يكن للضراب أجره، وإنما يهدى إلى صاحب الفحل شيء كان مقتضى القاعده أن الهديه مضمونه، لأنها منفعه استوفاهها الغاصب أو فوتها، ولا فرق في ذلك كله بين علم الغاصب بأنه غصب، وعدم علمه، لأن الضمان لا يتقيد بالعلم.

ثم إن مقتضى القاعده التي ذكرناها في المسأله السابقه، أنه إذا كان للضراب أجره، فالأجره على الغاصب، وإذا كانت القاعده العرفيه على أن يكون الولد مشتركاً فالولد مشترك، وإذا كان التخيير للمالك فالمالك مخير في تقاضى أيهما، كما أنه إن تعارف البيع وقلنا بصحته شرعاً كان اللازم القول بالثمن.

ص: ٣١٤

مسأله ٢٥ لو غصب ما له أجره

(مسأله ٢٥): قال فى الشرائع: (ولو غصب ما له أجره وبقي فى يده حتى نقص، كالثوب يخلق والدابه تهزل، لزمه الأجره والأرش، ولم يتداخلا، سواء كان النقصان بسبب الاستعمال أم لم يكن).

وقال فى القواعد: (ولا تتداخل الأجره والأرش، فلو هزلت الدابه لزمه الأمان، وإن كان النقص بغير الاستعمال).

وذكر فى مفتاح الكرامه عدم التداخل فيما إذا كان النقص بالاستعمال، عن الشيخ والمحقق والمصنف فى جملة من كتبه، وولده والشهيدىن والمحقق الثانى والمقدس الأردبيلى.

وقال فى الجواهر: (بلا خلاف ولا إشكال فى الأخير)، أى إذا لم يكن استعمال، وقال فيما إذا استعمل: (لا أجد فيه خلافاً، لأصالة عدم تداخل الأسباب، إذ فوات الأجزاء فى يد الغاصب سبب لضمانها، والانتفاع سبب آخر لضمان الأجره، فلا يتداخلان كالأول).

أقول: مقتضى القاعده ما ذكره من الأجره، سواء استعمل أو لم يستعمل، لأنه فأت المنفعه تحت يده فى صوره عدم الاستعمال، والأرش لمكان النقص، والظاهر لزوم الأجره الكامله، وإن صارت بسبب النقص أقل، مثلاً غصب داراً أجزتها فى السنه مائه دينار، لكنه هدم أو انهدمت غرفه فى الدار بما صارت الأجره خمسين، فإن اللازم عليه إعطاء مائه دينار أجره، أما قيمه الغرفه فهى على حالها، فإذا كانت قيمه الغرفه خمسين، فاللازم عليه إعطاء مائه وخمسين، مائه أجره للدار وخمسين أرشاً للغرفه، وكذلك الحال فى الدابه والثوب وغيرهما.

والظاهر أنه لو صنع غرفه مثل الغرفه التى هدمها، أو انهدمت تحت

استيلائه ارتفع الأرش لصدق «حتى تؤديه»، فلا- حق للمالك في عدم قبول تلك الغرفه وأمره بهدمها مثلاً وأخذ البديل منه، وكذلك إذا فتق الثوب ثم خاطه، أو هزلت الدابه عنده ثم ردها إلى حالتها الأولى من السمن، إلى غير ذلك من الأمثله.

أما لو ارتفعت أجره الدار من المائه إلى المائه وخمسين بسبب هدمه هذه الغرفه، فالظاهر أن الزيادة للغاصب لأنه سعيه، كما سيأتي الكلام في ذلك في المسأله اللاحقه، وإن كان الفقهاء لا يقولون به.

قال في الشرائع: (ولو أغلى الزيت فنقص ضمن النقصان).

وقال في الجواهر: (وإن لم تنقص قيمه بلا خلاف أجده بين الخاصه والعامه، بل وإن زادت قيمته على ما قبل الغليان، لأنه مثلى يضمن بمثله، وعمله الذى قد زاد به الواقع تبرعاً لا يقوم مقام ذلك، فما فى المسالك من احتمال الرد ولا غرامه، لأن ما فيه من الزيادة والنقصان يستندان إلى سبب واحد، فينجبر النقصان بالزيادة واضح الضعف لما عرفت) انتهى.

أقول: صور المسأله أربع:

الأولى: أن ينقص الوزن والقيمه بنسبه واحده، واللازم على الغاصب إعطاء نقصان القيمه، إلا إذا أمكن إعطاء المثل، فهو واجب عليه قبل القيمه.

الثانيه: بقاؤهما، ولا شىء عليه.

الثالثه: نقصان القيمه لا الوزن، والظاهر لزوم إعطاء القيمه الناقصه، لأنه بدون إعطائها لا يصدق «حتى تؤديه»، ولا حق للغاصب بإعطاء مقدار من الزيت يسوى تلك القيمه الناقصه، لما تقدم من أن الحجم لا يقوم مقام الروح السائد،

فهو مثل أن يعطيه فحماً بدل سكره المغصوب، لوحده الملاك في المسألتين.

الرابعة: نقص الوزن دون القيمة، والظاهر أنه لا شيء عليه، لصدق «تؤديه» بعد تساوى القيمة.

نعم لا يبعد أن يكون للمالك طلب بدله بما يكون بذلك الوزن وتلك القيمة، فاحتمال المسالك هو مقتضى القاعده، إذ لو طلب منه قدر النقص عيناً كان ضرراً على الغاصب و«لا- ضرر» يشمله، كما ذكرنا ذلك في أوائل الكتاب، وهو خلاف (لا تظلمون ولا تظلمون) (١)، وقد عرفت في الفرع السابق مسأله ما لو زادت القيمة بسبب عمل الغاصب.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر، حيث علل وجوب الرد وإن زادت القيمة بأنه مثلى يضمن بمثله، وعمله الذى قد زاد به الواقع تبرعاً لا يقوم مقام ذلك. إذ الزيادة من سعى الغاصب ولكل إنسان سعيه، كما يأتى تفصيل الكلام فيه فى المسأله اللاحقه.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام القواعد، حيث قال: (ولو ذهب نصف الزيت بالإغلاء ضمن مثل الذاهب وإن لم تنقص القيمة)، وإن قال فى مفتاح الكرامه: (إنه بلا- خلاف فيه من أحد، وبه صرح فى المبسوط وغيره)، ثم قال: (ومثاله أن يغصب رطلين قيمتهما درهم، فيغليهما حتى يصير رطلاً واحداً قيمته درهم أو درهمان، فإنه يردده ويغرم مثل الرطل الذاهب).

ومما تقدم يعلم حكم ما إذا غسل الثوب فقصر، أو طبخ اللحم فقل، أو ما أشبه ذلك، فإن فى هذه الموارد أيضاً تأتى الصور المتقدمه بأحكامها المذكوره،

ص: ٣١٩

لوحده الدليل فى الجميع.

قال فى الشرائع: (ولو أعلى عصيراً فنقص وزنه، قال الشيخ: لا يلزمه ضمان النقيصه لأنها نقيصه الرطوبه التى لا قيمه لها بخلاف الأولى، وفى الفرق تردد) انتهى.

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه (وكذا فى إغلاء العصير على رأى): (موافقاً لأكثر المتأخرين بل كلهم، لحصول النقص فى العين، والمخالف الشيخ فى المبسوط قال: لا يضمن، وكذا الخلاف فيما حكى عنه ولم أجد له مستنداً، إلا أن الذاهب أجزاء مائه لا قيمه لها، لأن النار تعقد أجزاء العصير، ولهذا تزيد حلاوته بخلاف الزيت) انتهى.

وفيه: ما ذكره هو وتبعه الجواهر وغيره من أن الواقع نقص مخصوص فى العين، فىجب بدله مع منع معلوميه كون الذاهب أجزاء مائه خاصه بخلاف الزيت، وإن تفاوت بالقله والكثره، بالإضافة إلى أن نقص الأجزاء المائه أيضاً لها قيمتها، فلا وجه للقول بعدم ضمان النقيصه مطلقاً.

ومما تقدم يعلم الحال فيما إذا صار الرطب تمرأ، والعنب زبيبأ، واللبن جبناً أو سمنأ أو زبدأ، وغير ذلك، فإن المعيار فى جميع هذه الأمور ما تقدم من أحكام الصور المتقدمه.

ص: ٣٢٠

مسأله ٢٦ إذا زادت قيمه المغصوب

(مسأله ٢٦): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا زادت قيمه المغصوب بفعل الغاصب أو غيره فى صنعه اقتضت تلك الزيادة، فإن كانت تلك الصنعه أثراً محضاً لا عيناً، كتعليم الصنعه وخطاطه الثوب بخيوط المالك ونسج الغزل وطحن الطعام وصياغه النقره رده، ولا شىء له، بلا خلاف ولا إشكال، لعدم احترام العمل بغير إذن من المالك، بل كانت تلك الصفات من توابع مال المالك) انتهى.

واستدل له المسالك بالتعدى، قال: (الزيادة فى المغصوب تنقسم إلى آثار محضه وإلى أعيان، وجمله القول فى القسم الأول أن الغاصب لا يستحق بتلك الزيادة شيئاً لتعديده)، ثم مثل له بتعليم الصنعه وخطاطه الثوب وقصارته وطحن الحنطه ونحو ذلك قائلاً: (وإنما يكون الخياطه من هذا القسم إذا خاطه بخيوط المالك) انتهى.

واستدل له آخرون: بسلب احترام عمله الذى صدر من غير إذن المغصوب منه، وحيث لا احترام فلا شىء له.

واستدل له ثالث بقوله: لا حق لعرق ظالم، بتقريب أنه يدل على عدم ملكيه الظالم حاصل عمله الصادر على وجه العدوان.

كما أنه ربما يستدل له: بالإجماع.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ يرد على الأول: إن نهى الشارع عن العمل فى ملك الغير لا يقتضى سلب ماليته وما يترتب عليه من الحاصل، لأن النهى تكليفى والأثر وضعى.

نعم لا يمكن أن يقال: إن له الأجره على المالك، لأن المالك لم يأمر

بالعمل، كما أن الشارع لم يأمر بذلك، فالعمل لا يستحق أجره شرعيه ولا مالكيه، أما أن الزيادة الحاصله لا تكون للمالك فلا وجه له.

وإن شئت قلت: إن العمل إذا كان بإذن مالكي أو شرعي له الاحترام بالأجره، أما إذا لم يكن بإذن مالكي ولا شرعي، وقد أثر أثراً موجباً لارتفاع قيمه، فاللازم أن تكون زياده قيمه للعامل، ولا تلازم بين النهى وبين عدم الملك.

وبذلك ظهر وجه النظر فى إشكال المحقق الرشتى على ما ذكرناه: (بأن احترام العمل إنما هو لأجل ما يترتب عليه من الأثر المقصود، وإلا فالعمل من حيث كونه حركه مع قطع النظر عن مقابلته بالمال لا يتصور له احترام، فاحترام العمل عباره عن جعل الشىء من المال مكانه لثلا- يقع هدراً، فإذا فرض سلب الاحترام كان وجوده كعدمه، فلا يكون بإزاء ما يترتب عليه من الأثر المالى شىء) انتهى.

إذ يرد عليه أولاً: إن نفس الحركه محترمه، لأنها للإنسان، فبذلها إذا كان بإذن شرعي أو مالكي تكون الأجره فى قبال نفس الحركه.

وثانياً: إن الأثر المترتب على الحركه هو سعى الإنسان، وسعى الإنسان لنفسه، كما هو مقتضى العقل والشرع.

ومن الجواب عن الدليل الأول ظهر الجواب عن دليل المسالك، الذى استدل لعدم الاستحقاق بالتعدى، حيث قد عرفت أن الحرمة التكليفية لا تنافى الملكيه وضعاً.

وأما الحديث فهو غير مرتبط بما نحن فيه، فقد روى الوسائل، عن الشيخ، عن عبد العزيز بن محمد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن أخذ أرضاً بغير حقها وبني فيها، قال: «يرفع بناؤه وتسلم التربه إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق»، ثم قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخذ أرضاً بغير حق كلف أن

يحمل ترابها إلى المحشر»(١)).

فإن هذا الحديث لا يرتبط بما نحن فيه، حيث الكلام زيادة قيمه المغضوب بسبب عمل الغاصب.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول المحقق الرشتي، حيث استدل بقوله (عليه السلام): «لا- حق لعرق ظالم»، قال: (فإنه يدل على عدم ملكية الظالم لحاصل عمله الصادر على وجه العدوان، وجه الدلالة: إن المراد بعرق، خصوصاً بملاحظته مورد الحديث الذي هو السؤال عن الشجر المغروس في أرض مغضوبه، كناية عن كل شيء موضوع عدواناً في ملك الغير، إذ لا خصوصية للعرق جداً، لعموميه الحكم بمثل البناء ونحوه قطعاً.

ومن الواضح أن سلب الحقيقة عن العمل العدوانى معناه عدم العلاقة بين ذلك العمل وبين أثره الواقع فى ملك الغير، وإلا لكان له فى ذلك العمل حق، وأظهر أفراد العلاقة أن يشارك العامل صاحب العين فى رقبته أو فى قيمتها بحساب قيمه الحاصل، كما هو لازم كونه مالكا للأثر الواقع فى تلك العين، فقضيه قوله (عليه السلام): «لا حق لعرق ظالم»(٢))، جعل عرقه من حيث تعلقه بمحل المظلوم كالعدم، وتنزيل الظالم بمنزله الأجنبى، وفرض حدوث ذلك الأثر لعين المالك من جانب الله بدون مدخله عمل العامل) انتهى.

فإنه بالإضافة إلى عدم كون لفظ الحديث ما ذكره، ولا كون مورد الحديث الشجر المغروس فى أرض مغضوبه، أن الحديث يدل على أن العرق لا حق

ص: ٣٢٣

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من كتاب الغصب ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٨٣ الباب ١٣ من كتاب الإجاره ح ٢

لبقائه، لا أن الأثر الذي زاد بسببه ملك المغصوب منه ليس للمالك، فلا ربط بين المقامين.

وحيث قد عرفت ضعف الأدله الثلاثه، وأن المشهور استندوا إليها، فلا مجال لحجيه الإجماع الظاهر الاستناد، بالإضافة إلى أنه يظهر من كلماتهم في غير المقام أنه لا إجماع في مثل المسأله لوحده الملاك.

فقد قال في مفتاح الكرامه، بعد نقله قول العلامه: (والبذر والبيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك، وأنه هو المشهور)، قال: (ولا ترجيح في الكفايه، وفي الخلاف والمبسوط والوسيله أنهما للغاصب، وعليه قيمه الحب والبيض) (١)، فإنه بعد عدم الفرق بين المقامين يعطى ضعف الإجماع المذكور صغرى كضعفه كبرى، فتأمل.

وكيف كان، فمقتضى ظاهر الكتاب والسنة والعقل أن للغاصب بمقدار ما رفع من قيمه الشئ المغصوب، وإن كان عمله حراماً تكليفاً.

قال سبحانه: (وأن ليس للإنسان إلا ما سعى) (٢)، وإطلاقه يقتضى عدم تأثير حرمه فعله في عدم كون نتيجة عمله له، كما أن الصياد إذا صاد بآله غصبيه، أو البناء والنجار ونحوهما بنى ونجر بآله غصبيه، لم يسبب ذلك عدم كون ثمر عمله له.

وفي الوسائل في باب جواز بيع الأصول: وحكم من اشترى نخلاً ليقطعه للجذوع فتركه حتى حمل، عن هارون بن حمزه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)،

ص: ٣٢٤

١- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٢٥٧ ط الحديثه

٢- سوره النجم: الآيه ٣٩

عن الرجل يشتري النخله يقطعه للجذوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع، فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال (عليه السلام): «له الحمل يصنع به ما شاء، إلا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه»^(١).

وفى روايه أخرى، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): الرجل يشتري النخل ليقطعه للجذوع، فيدعه فيحمل النخل، قال (عليه السلام): «هو له إلا أن يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه»^(٢).

وعن المقنع الذى هو متون الروايات، قال: «وإن اشتريت نخلاً لقطعته للجذوع، فغبت وتركت النخل كهيئته لم تقطعه، ثم قدمت وقد حمل النخل، فالحمل لك إلا أن يكون صاحب النخل يسقيه ويقوم عليه»^(٣).

وفى الوسائل فى كتاب التجاره، باب أن الرجل إذا صادفته امرأه، روى عن أبي الصباح مولى بسام، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل صادفته امرأه فأعطته مالاً، فمكث فى يده ما شاء الله، ثم أنه بعد خرج منه، قال: «يرد عليها ما أخذ منها، وإن كان له فضل فله»^(٤).

وفى الوسائل فى كتاب الوديعه، عن مسمع، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إنى كنت استودعت رجلاً مالاً فوجدنيه وحلف لى عليه، ثم جاء بعد ذلك بسنين بالمال الذى كنت استودعته إياه، فقال: هذا مالك فخذ، وهذه أربعه

ص: ٣٢٥

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٨ الباب ٩ من أبواب بيع الثمار ح ٢
- ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٤٨٣ الباب ٦ من أبواب بيع الثمار ح ١
- ٤- الوسائل: ج ١٢ ص ١٧٥ الباب ٦٥ من أبواب ما يكتسب به ح ١

آلاف درهم ربحتها في مالك فهي لك مع مالك، واجعلني في حل، فأخذت المال منه وأبیت أن آخذ الربح، وأوقفت المال الذي كنت استودعته، وأتيت حتى استطلع رأيك فما ترى، قال: فقال: «خذ الربح وأعطه النصف وأحله، إن هذا الرجل تائب، والله يجب التوايين» (١).

وفي المستدرک، في نوادر الغضب، عن أبي جعفر (عليه السلام)، إنه قال في الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه، قال: «ما عمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشيء، وما نقص فهو على الغاصب» (٢).

وبذلك يظهر أن ما فيه أيضاً، عن دعائم الإسلام، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، أنه قال: «من اغتصب ماشيه فتناسلت في يديه وكثرت فهي وما تناسلت منها للمغصوب منه، وكذلك إذا اغتصب أمه فولدت» (٣)، لا بد أن يحمل على ما إذا لم يكن للغاصب صنع في التوالد والتناسل.

وأما العقل، فلوضوح أن الزيادة ليست من المالك، ولا تكون بلا مالك، ولا تدخل في ملك المالك بدون أن يكون من المالك عمل في إدخالها في ملكه، فاللازم أن يكون للعامل، وإن كان فاعلاً للحرام بغضبه.

ثم إن الشرائع قال بعد عبارته المتقدمه: (ولو نقصت قيمته بشيء من ذلك ضمن الأرش).

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعدة، لأن على الغاصب أن يرد الشيء

ص: ٣٢٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٣٥ الباب ١ من أبواب الوديعة ح ١

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغضب ح ٣

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٦ من أبواب الغضب ح ١

كما كان، على ما يدل عليه قوله (عليه السلام): «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»^(١)، وغيره مما يفيد أن يد الغاصب يد ضمان.

وعلى ما ذكرناه فإذا زاد في جهه ونقص من جهه، كانت الزيادة للغاصب والنقص عليه، لا أنه يتهاثران، إذ حاله حال ما إذا غرس الغاصب نخلاً وقطع نخلاً، حيث إن ضمان النخل المقطوع عليه وزيادة النخل المزروع له.

ومما تقدم يعرف مكان النظر في قول القواعد حيث قال: (لو غصب حنطه فطحنها أو ثوباً فقصره أو خاطه، لم يملك العين، بل يردّها مع الزيادة وأرّش النقص إن نقصت قيمه بذلك).

ومثله كلام التذكرة، فإنه قال فيما حكى عنه: (لا يملك الغاصب العين المغصوبه بتغيير صفاتها، فلو غصب حنطه فطحنها، أو شاه فذبحها وشواها، أو حديداً فصنعه سكيناً، أو آنيةً أو آله، أو ثوباً فقطعه وخاطه أو قصره، أو طيناً فصيره لبناً، فإن حق المالك لا ينقطع عن هذه الأعيان، ولا يملك الغاصب بشيء من هذه التصرفات، بل يردّها مع أرّش النقص إن نقصت قيمه عند علمائنا أجمع) انتهى.

فإن فيه _بالإضافة إلى لزوم تقييد الخيوط بما إذا كانت للمالك في مسأله خياطه الثوب، إذ لو كانت للغاصب كانت كالصبغ على ما يأتي، ولذا قيده بذلك في مفتاح الكرامه _: إنه إن أراد الرد مع أرّش النقص مع الزيادة ففيه ما تقدم، وإلا كان مقتضى القاعده، نعم ظاهره كظاهر غيره أن اللازم الرد مع الزيادة.

ص: ٣٢٧

ثم قال القواعد: (ولو صاغ النقره حلياً ردّها كذلك، فلو كسر ضمن الصنعه وإن كانت من جهته)، وقد نقل مثل ذلك مفتاح الكرامه عن التحرير والدروس وجامع المقاصد، وعللوه بأن الصنعه ليست عيناً ليتخيل أنها مال للغاصب، وإنما هي صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاصب، فتكون للمالك تبعاً.

ومثله ما لو علف الدابه فسمنت، لأن السمن من الله سبحانه وتعالى، وليس هو عين العلف، كما علله بذلك في جامع المقاصد. وقد عرفت وجه النظر في ذلك، حيث إن العله عليه، ومقتضى القاعده أن يكون للغاصب سعيه، وإن كان آثماً بفعله، وكون السمن من الله سبحانه وتعالى وليس هو عين العلف، لا يقاوم الدليل الذي ذكرناه من الآيه والروايه وحكم العقل.

ثم أي فرق بين ما ذكر، وبين ما ذكره العلامة بعد ذلك بقوله: (ولو صبغه بما يساوى قيمته تشاركا).

فإن الصبغ أيضاً من الله سبحانه وتعالى فيما زالت العين وبقي اللون، فقد ثبت في علم الكلام وغيره أن الإنسان إنما يأتي بالمعد فقط، وسيأتي تفصيلهم الكلام في الصبغ.

وبذلك ظهر وجه النظر في قول القواعد، حيث قال: (فلو كسر ضمن الصنعه وإن كانت من جهته)، وإن قال مثله في التحرير والدروس وجامع المقاصد كما حكى عنهم، وإن علله في مفتاح الكرامه بأنها ملك للمالك.

إذ قد عرفت أن المالك لا يملك سعي غيره، فمقتضى القاعده أنه لو ردّ المال إلى مالكه كما كان لم يكن عليه ضمان، نعم إن سبب الكسر النقص ضمن، كما هو مقتضى النص والفتوى.

ثم هل للمالك إجباره على ردّها نقره، كما ذكره القواعد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك، الظاهر عدم الإجبار، لأنه إضرار بالغاصب، وقد تقدم في بعض المسائل السابقه أن الغاصب يشمله دليل «لا ضرر» كغيره، ولا حق للمالك في إضراره، ودليل: «الناس مسطون»^(١) ليس حاكماً على دليل «لا ضرر» حتى يقال: إن المالك مسلط على ماله، وعلى الغاصب ردّه، فلا مجال لدليل «لا ضرر» بالنسبه إلى الغاصب.

وعليه، فإذا أجبره المالك على ردّها نقره، ففعل من دون رضاه كان المالك ضامناً للصنعه.

نعم لا- ينبغي الإشكال في أنه حينئذ لا- يضمن الغاصب أرش الصنعه، كما في القواعد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها، لما علله في مفتاح الكرامه بأن بقاء الصنعه مع الرد نقره غير ممكن، فيكون الأمر بردّها كذلك إذناً في إذهاب الصنعه.

وفى الجواهر: إنه لا يضمن تلك الزيادة بتلك الصنعه بعد الأمر له بالرد المقتضى لإتلافها، وإنما يضمن ما نقص من قيمه أصل النقره بالكسر.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لتعليل مفتاح الكرامه بأنه يضمن أرش الصنعه إذا أجبره المالك على ردّها نقره، فردّها كذلك بقوله: (إنه لعله اعتمد في ذلك على كون ما ينقص من العين مضموناً على الغاصب إلى حصول التسليم التام، والصنعه جزء من العين ومقوماتها وملك للمغصوب منه، فتكون مضمونه عليه وإن أمره بردّها نقره، فلا يجدى التمسك في العدم بأن العين لم تكن على

ص: ٣٢٩

تلك الصنعه وقت الغصب ولم تستقر للمالك فى ذمه الغاصب) انتهى.

إذ على فرض كون الصنعه أصبحت ملكاً للمالك أنه هو الذى أمر بهدمها فىكون حاله كحال ما إذا أمر مالك الدار العامل بهدم الدار، فهل يحتمل ضمان العامل مع أمر المالك بالهدم.

لا يقال: كيف تقولون بضمان الغاصب أرش النقص مع أن المالك هو الذى أمر بهدم الصنعه المستلزم للنقص، وأى فرق بين الصنعه حتى قلتم بعدم ضمانها بسبب أمر المالك، والنقص حتى قلتم بضمانه.

لأنه يقال: المالك له الحق فى استرداد ماله كاملاً ومعنى أمره بهدم الصنعه استرداد ماله كما كان، لأن «الغصب كله مردود»^(١) كما تقدم، فأمره لا يزيل حقه، بينما أن الصنعه كما عرفت ليست للمالك، ولهذا إزالتها من الغاصب لا توجب شيئاً للمالك.

نعم الذين ذكروا أن الصنعه تكون للمالك عليهم إبداء الفرق بين الأمرين، وقد حاول جامع المقاصد بيان الفرق بين الصنعه والنقص وغيرهما فقال فى محكى كلامه: (وهذا بخلاف الصنعه التى لم تكن العين عليها فى وقت الغصب، ولم تستقر للمالك فى ذمه الغاصب، فعلى هذا لو علفه الغاصب بعد نقله إلى موضع بعيد فسمن، ثم أمره المالك برده على الفور على وجه يستلزم هزاله لموالاه السير لا يضمن السمن الناقص، ويشكل بأنه لو كان سميناً عند المالك فغصبه ونقله على وجه لا عنف فيه فبقى

ص: ٣٣٠

سمنه، ثم أجبره المالك على رده على الفور فزال سمنه لم يضمه، وهو ينافى تضمين النقصان بالأمر بكسر الحلى المصنوع، وفي الفرق نظر(١).

ثم قال: (ويختلج بالخاطر فرق بتأمل بعض ذلك، وهو أن طلب المالك رد الحلى نقره يقتضى عدم قبول الصنعه، بخلاف رد السمين إذا استلزم رده إلى الهزال، وبخلاف نقصان العين بالكسر، فإنه لا يقتضى ذلك، ولا منافاه بين ملكيه السمن والرضا بها وطلب الرد على الفور وإن علم بهزله، للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضموناً عليه) (٢).

قال: (ويمكن أن يفرق بوجه آخر، وهو أن الأمر برّد الحلى نقره يدل على عدم قبول الصنعه والترخيص في إتلافها، بخلاف ما ينقص بالكسر، لأن الأمر بالكسر لا يقتضى قبول الناقص من الفضه، وإن كان لازماً عنه لا محاله، فهو محسوب من جمله المؤنه الواجبه على الغاصب، فإنه لو أمره المالك برد الدابه إلى بلد الغصب، وكان ذلك مستلزماً للهزال، لا يكون دالاً على عدم إرادته السمن والترخيص في إتلافه، فيكون من باب المقدمه كالعلف والسقى) (٣)، وينبغى التأمل في الفرق بينه وبين الأول) (٤). انتهى.

وحيث قد عرفت أن مقتضى القاعده حق المالك في ماله كاملاً، بلا زياده ولا نقيصه، فالصنعه لا حق له فيها إطلاقاً، كما أن النقص له الحق فيه، وأمره بالإرجاع ليس معناه أنه تنازل عن حقه الكامل في العين، كما أنه كذلك بالنسبه إلى الشاه، فإذا أمر بردها وسبب ذلك الهزال كان الغاصب ضامناً.

أما إذا سبب رجوع الشاه إلى حالتها الأولى بذهاب السمن الذي حصل بسبب الغاصب، فإنه لا حق له في شيء، لأن السمن الزائد لم يكن له، وإنما كان للغاصب.

ص: ٣٣١

١- جامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٩٥

٢- جامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٩٥ _ ٢٩٦

٣- جامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٩٦

٤- ان ظر مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٢٦٣

لا يقال: فكيف قلتُم بأن الغاصب لا يتضرر.

فإنه يقال: فرق بين الضرر الذى يلزمه عرفاً رد العين، حيث إنه داخل فى قوله: «الغصب كله مردود»^(١)، وبين ما لا يلزمه عرفاً كالصنعه فإنه لا يجبر على إزالتها.

بل على المالك إما القبول بالاشتراك مع الغاصب، أو إعطاء الغاصب قيمه الصنعه برضاه.

ويؤيد ذلك ما تقدم من حديث الشيخ الطوسى عن الخلفانى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، حيث قال (عليه السلام): «عليك أن ترجع بمالك على الورثه، وترد المعيشه على صاحبها وتخرج يدك عنها»، قال: فإذا أنا فعلت ذلك له أن يطالبنى بغير ذلك، قال (عليه السلام): «نعم له أن يأخذ منك ما أخذت من الغله من الثمار، وكل ما كان مرسوماً فى المعيشه يوم اشتريتها يجب أن ترد كل ذلك إلا ما كان من زرع زرعته أنت، فإن للمزارع إما قيمه الزرع، وإما أن يصبر عليك إلى وقت حصاد الزرع، فإن لم يفعل كان ذلك له، وردّ عليك قيمه وكان الزرع له»، قلت: جعلت فداك، فإن كان هذا قد أحدث فيها بناءً وغرساً، قال: «له قيمه ذلك، أو يكون ذلك المحدث بعينه يقلعه ويأخذه»، فقلت: جعلت فداك أرأيت إن كان فيها غرس أو بناء فقلع الغرس وهدم البناء، فقال: «يرد ذلك إلى ما كان، أو يغرم قيمه لصاحب الأرض، فإذا رد جميع ما أخذ من غلاتها إلى صاحبها ورد البناء والغرس، وكل محدث إلى ما كان، أو رد قيمه كذلك يجب على صاحب الأرض أن يرد عليه كل ما خرج عنه فى إصلاح المعيشه من قيمه غرس أو بناء أو نفقه فى مصلحه المعيشه ورفع

ص: ٣٣٢

النواب عنها، كل ذلك فهو مردود إليه»(١).

فإن الإمام (عليه السلام) فرق بين الزرع والبناء وكل محدث فجعله للغاصب، وبين الحفر التي تحدث في الأرض بسبب قلع البناء والزرع فجعلها على الغاصب، فقال (عليه السلام): «يرد ذلك إلى ما كان، أو يغرّم القيمه لصاحب الأرض».

كما أنه يؤيده أيضاً ما رواه عقبه بن خالد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه، حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلى ما أنفقت، أله ذلك أم لا، فقال (عليه السلام): «للزارع زرعه، ولصاحب الأرض كرى أرضه»(٢).

وفى حديث، عن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل اكرت داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، قال: «عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الزرع والغرس قيمه عدل، ويعطيه الغارس إن كان استأمره في ذلك، وإن لم يكن استأمره في ذلك فعليه الكراء، وله الزرع والغرس ويقلعه ويذهب به حيث شاء»(٣).

أقول: السؤال خاص بما لم يستأمره، والجواب شامل للصورتين، وحاصل الكلام: إن الزرع أو الغرس بإذن صاحب الأرض لا يقلع، وبغير إذنه يقلع.

وقال الصدوق في المقنع، الذي هو متون الروايات: «وإن أتى رجل أرض رجل فزرعها بغير إذنه، فلما بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت

ص: ٣٣٣

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ١

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ٢

بغير إذنى فزرعك لى وعلى ما أنفقت، فللزارع زرعه ولصاحب الأرض كرى أرضه»(١).

لا يقال: هذه الروايات تنافى ما ذكرتم من أن الزرع مشترك بين الزارع ومالك الأرض، لأن الزرع يأخذ من الأرض، كما يأخذ أتعاب الزارع.

لأنه يقال: الروايات ليست بصدد التفصيل من هذه الجهة، ولذا يجب أن تبين بما تقدم فى روايه: «من أنكر وديعه ثم أقر بها»، وروايه الدعائم المتقدمه من قوله (عليه السلام)، فى الغاصب يعمل العمل ويزيد الزيادة فيما اغتصبه، قال: «ما عمل فزاد فهو له، وما زاد مما ليس من عمله فهو لصاحب الشىء، وما نقص فهو على الغاصب»(٢).

بالإضافة إلى آيه السعى(٣)، ودليل العقل، وغير ذلك، فتأمل.

قال فى الشرائع: (ولو صبغ الثوب كان له إزالة الصبغ بشرط ضمان الأرض إن نقص الثوب، ولصاحب الثوب إزالته أيضاً، لأنه فى ملكه بغير حق، ولو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما إجابته الآخر، وكذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول)، إلى آخر كلامه.

أقول: لو صبغ الغاصب ثوب المغصوب منه بصبغه، بأن كان من الغاصب العمل فقط، وإنما الصبغ والثوب كلاهما للمالك، فإنه إن زادت القيمة على الصبغ والثوب، مثلاً كان الثوب يسوى عشره والصبغ يسوى عشره فلما

ص: ٣٣٤

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٦ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ٢

٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٧ الباب ٩ من أبواب الغصب ح ٢

٣- سورة النجم: الآيه ٣٩

صبيغ الثوب صارت قيمه ثلاثين، فمقتضى القاعده أن العشره الزائده للغاصب لأنه عمله، ولا وجه لأن يكون للمغصوب منه كما تقدم مثله، وإن لم يزد وإنما كان الثوب بعد الصبيغ بعشرين لم يكن للغاصب شيء، كما ليس عليه شيء، وإن نقص كان على الغاصب النقص، لأنه هو الذى سببه فيشملة «لا ضرر»، و«لا يتوى»، و«الغصب كله مردود»، ونحو ذلك.

ولو صبغ الغاصب بصبغ نفسه لا بصبغ المالك، فقد يكون قابلاً للإزالة، وقد لا يكون.

وأوضح منه ما لو ألصق الغاصب خشبته بسفينه المالك وهى قابله للإزالة، فقد يكون يرضى كلاهما بإزاله أحدهما أو بإزاله ثالث لها، فلا إشكال.

وقد يكون لا يرضى أحدهما بإزاله الآخر ولا بإزاله الثالث، فصاحب السفينه يريد إزاله الخشبته بنفسه، وصاحب الخشبته يريد إزالتها بنفسه، وهنا مقتضى القاعده أن الحاكم يعطى لأحدهما الصلاحيه فى الإزاله اعتباراً أو بالقرعه، لا للثالث، لأن إزاله الثالث خلاف سلطنتهما معاً، وإزاله أحدهما خلاف سلطنه أحدهما، والضروره تقدر بقدرها، فلا يجوز إزاله سلطنتهما فيما يمكن إزاله سلطنه أحدهما فقط.

وعلى أى حال، فإن لم يتلف بالإزاله أحدهما فلا كلام، أما إذا سبب الإزاله تلف أحدهما، فإن سبب تلف مال الغاصب لم يكن بذلك بأس، لأنه هو الذى تعدى وأذهب احترام مال نفسه بنفسه.

أما إذا أصاب التلف مال المالك، فمقتضى القاعده أن الغاصب يضمن الأرش، لأنه هو الذى ضرر وتوى وما أشبه من الأدله.

ثم إنه إذا كان هنالك ضرر فى قلع الخشبته لهذا أو ذاك، فإذا كان ضرر

أحدهما أكثر يقدم لا ضرره على ضرر الآخر، مثلاً لو قلع الخشب تضرر مالك السفينه بعشره، ولو لم يقلعها كانت قيمه الخشبه دينار بما يسبب تضرر الغاصب بدینار، حيث تبقى خشبته ملتصقه بالسفينه، فإنه يقدم «لا ضرر» المالك فلا تقلع الخشبه.

أما إذا انعكس بأن كانت قيمه الخشبه عشره، وضرر مالك السفينه بسبب القلع دينار، رجح القلع وضمن الغاصب الأرش أى الدينار.

أما إذا كان الضرر متساوياً، بأن كانت قيمه الخشبه دينار، وإذا قلعت تضرر صاحب السفينه ديناراً، حيث إن الأمر يدور بالقلع بتضرر المالك، وعدم القلع بتضرر صاحب الخشبه، فالظاهر أنه يرجح الحاكم أحدهما على الآخر، لأنه وضع لحل المشكلات، كما ذكرناه فى كتاب القضاء وغيره، فإذا رجح الحاكم القلع وجب على صاحب الخشبه إعطاء الأرش، لأنه هو الذى سبب الضرر على مالك السفينه، أما إذا رجح بقاء الخشبه، فالظاهر أنه لا شىء على صاحب السفينه، لأنه لم يسبب ضرراً على أحد.

لا يقال: إنه كيف يتصرف صاحبها فى الخشبه.

لأنه يقال: إن صاحب الخشبه هو الذى أذهب احترام مال نفسه.

وبذلك ظهر حال اشباه ذلك، كما إذا غرس الغاصب الاشجار فى الأرض للمغصوب منه، أو نصب خشبه أعموداً فى بنائه، أو بنى غرفه فى داره، إلى غير ذلك من الامثله.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه كلام العلامه بأن الفاضل بينهما، فى مثل ما إذا صنع الثوب فزادت قيمه، كما إذا كانت قيمه الثوب عشره وقيمه

الصبيغ عشره، وساوى بعد الصبيغ ثلاثين، لأن الزيادة لهما، فلو لا الصبيغ لم تزد قيمه الثوب، ولولا الثوب لم تزد قيمه الصبيغ.

فحال المقام حال ما إذا كان للمغصوب منه فردة حذاء، ثم صنع الغاصب فردة أخرى وباعهما بثلاثين، بينما كل فردة بعشره، فإن اللازم تقسيم العشره الزائده بين الغاصب والمغصوب منه، ولا حق للغاصب أن يقول: لولا فردتى أو لولا صبغى كانت قيمه الفرده والثوب عشره، فاللازم أن أعطى للمغصوب منه عشره فقط.

لا يقال: من عمل الغاصب زادت قيمه وله سعيه.

لأنه يقال: ليست الزيادة من عمل الغاصب فقط، وإنما من العمل ومن مال المغصوب منه ومن مال الغاصب، وإن كانت المسأله بعد بحاجه إلى تأمل.

نعم ما ذكره العلامة هو المحكى عن المبسوط والتذكرة والمسالك والشرايع والكفايه وغيرهم.

وبذلك ظهر وجه النظر فى كلام مفتاح الكرامه، قال: (ولو زادت قيمتهما لزيادة قيمه الثوب، فالزيادة لمالكه خاصه، كما أنها لو زادت لزيادة قيمه الصبيغ فالزيادة للغاصب، ولو زادت بسبب العمل خاصه فهى بينهما، لأن كلاً من الثوب والصبيغ قد زاد بالصنعه، والزيادة الحاصله بفعل الغاصب إذا استندت إلى الأثر المحض تسلم للمغصوب منه) انتهى.

إذ لماذا تكون زياده قيمه الثوب للمالك، مع أن السعى له مدخله فى تلك الزيادة، كما أنه لماذا تكون الزيادة للغاصب فقط، فيما إذا زادت قيمه

الصبيغ، بينما أن للثوب أيضاً مدخلية في هذه الزيادة.

نعم مقتضى القاعده أن العرف إذ رأوا الزيادة منقسمه بينهما انقسمت تقسيماً متساوياً، وأما إذا رأوا زيادة في هذا الجانب، أو في ذلك الجانب، كان التقسيم حسب رأى العرف ورؤيته.

فقد يرى العرف أن أكثرية الزيادة للغاصب، وقد يرى أن أكثرية الزيادة للمالك، وقد يرى التساوى، فإذا بنى داراً في أرض المالك، فقد تزداد قيمة الأرض بسبب البناء، وقد تزداد قيمة البناء بسبب الأرض، وقد تزداد قيمتهما معاً، ففي كل الأحوال الثلاثه يكون المحكم العرف في أن الزيادة الحاصله كم منها لهذا، وكم منها لهذا.

وعن المبسوط أنه لو نقصت قيمة الصبيغ وزادت قيمة الثوب، فهو بينهما بالنسبه، كما لو انخفضت قيمة الصبيغ إلى ثمانية بعد أن كان يساوى عشره وارتفعت قيمة الثوب إلى اثني عشر، وهو المحكى عن غيره أيضاً، وأيده مفتاح الكرامه.

ومقتضى القاعده أن النقص في الصبيغ على الغاصب، لأنه هو الذى أنقص ماله بسبب استعماله في ملك المغصوب. أما الزيادة فهو بينهما إما بالتساوى أو بالتفاوت حسب رأى العرف.

وعلى أى حال، فقد ظهر مما تقدم أنه لو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغاً مع أرش النقص، كما ذكره القواعد فيما تقدم من كلامه، مثلاً إذا صارت قيمتهما معاً ثمانية في مثال إن قيمه كل واحد عشره، فإنه يرد الثوب مصبوغاً ويرد معه درهمين، وذهب صبغه وعمله ضياعاً، بينما كان إذا استأجره المالك لذلك كان للصابغ عشره قيمه عمله فرضاً.

والظاهر أنه لا حق للمالك أن يقول: لا أريد الثوب المصبوغ فخذ الثوب وأعطنى بدله أو عشره، إذ هو

ملكه وبالصبغ لم يخرج عن ملكه، وإنما ورد عليه نقص يجب على الغاصب تداركه، على إشكال في الجملة.

وكذلك إذا كسر رجل فرسه أو فقأ عين شاته أو ما أشبهه، فإنه يرد عليه مع الأرش، على تأمل في أنه لا حق له في تقاضى بدل ماله.

كما أن الغاصب إذا قال: أعطنى الثوب وأرد عليك بدله أو الثمن، لا يجب على المالك إجابته، إذ هو ثوبه فلا تنتزع سلطته عنه بدون دليل.

ولو قال الغاصب: أعطنى الثوب حتى أزيل الصبغ، فالظاهر أنه لا حق للمالك في إيجائه إلى الأرش، لأن الغاصب له السلطه على ماله وهو الأرش، وعلى عمله وهو إزالة الصبغ، وواجب عليه أحدهما، أما تعيين هذا أو ذاك فهو بيده لا بيد المغصوب منه، كذا قيل، لكن مقتضى أن «الغصب مردود» أن للمالك الحق في إلزامه بإزاله الصبغ.

أما ما تقدم عن العلامه من أنه تثبت الشركه لو أطارت الريح الثوب إلى إجانه صباغ، وهو المحكى عن التذكرة وجامع المقاصد أيضاً. وعلله في مفتاح الكرامه (بتحقق اختلاف المالكين، ولا حق لأحدهما أن يكلف الآخر الفصل، ولا التغريم إن حصل نقص في أحدهما، إذ لا عدوان من أحدهما) انتهى.

فمقتضى القاعده أن يقال: إن حصل النقص في كل واحد منهما كان النقص عليهما، وإن حصل النقص في أحدهما كان النقص على المنقوص منه، وإن حصلت الزيادة في أحدهما فالزيادة له، وإن حصلت الزيادة في كليهما فالزيادة لهما، فليست المسأله هنا كمسأله الغاصب، إذ لا غاصب في البين حتى يكون

عليه النقص، ويكون له الزيادة بمقتضى سعيه وعمله.

ولو غصب الصبغ والثوب ثالث فصبغه بذلك، فإن نقصا ضمن النقص فيهما، وإن نقص أحدهما ضمن النقص فيه، وإن زادا أو زاد أحدهما صار شريكاً، لما عرفت من أن له سعيه، وحيث إن الزيادة متقومه بالجانبين السعي من هذا والعين من ذاك كان اللازم تقسيمها بينهما إما بالسوية أو بالاختلاف حسب نظر العرف، وإذا زاد الاثنان قسمت بين الثلاثة.

ثم إن الغاصب الذى جمع الثوب والصبغ من اثنين وصبغ الثوب إن كان الصبغ مما يمكن فصله فلهما تكليفه بالفصل، فإن حصل بالفصل نقص فيهما أو فى أحدهما غرمه الغاصب، كما أفتى به فى مفتاح الكرامه، وذلك لأنه مقتضى رد الغصب فى النص والفتوى، فإن (رده) ظاهر فى رده كما كان، على ما تقدم فى بعض المسائل السابقه، والنقص إنما حصل بفعله أولاً حيث صبغ الثوب.

فلا يقال: إن النقص حصل بسبب أمرهما بالتفكيك فلا أرش عليه.

ثم إن الصبغ إذا لم يقبل الزوال لم يكن معنى لجبر المالك الغاصب على فصله، أما إذا قبل الزوال فهل يجبر على فصله، كما عن المبسوط بلفظ الأقوى، والإرشاد وجامع المقاصد وفى التحرير للمالك قلعه، وفى الإيضاح أوجب المالك لوجوب رد العين كما أخذها كما نقل عنهم.

وفى التذكرة: (وهل يملك إجبار الغاصب على فصله، الأقرب أنه إن كان له غرض كان له ذلك، وكذا إن كان للصبغ قيمه وإلا فلا) انتهى كلام التذكرة، أو يفصل فى المسألة بأنه إذا كان للصبغ قيمه لا تزول بزواله، أو إذا لم يكن للصبغ قيمه كان له حق الإجبار، وإلا فلا.

أما حق الإيجاب في الصورتين، فلأنه مقتضى رد العين المغصوبه، كما يستفاد من «الغصب كله مردود».

وأما أنه لا-حق له في الإيجاب فيما إذا كانت له قيمه فلأنه إضرار بالغاصب، وقد تقدم أن الغاصب لا يجوز الإضرار به، وإنما يكون الغاصب شريكاً مع المغصوب منه. نعم إذا كانت للغصب قيمه ولا تزول بزوال الصبغ، كان للمالك الإيجاب أيضاً، لأنه ليس بإضرار.

احتمالات، وإن كان الأقرب الثالث.

ومنه يعلم وجه النظر في الكلمات المتقدمه، وكذلك الحال فيما إذا صب الغاصب ماءه في حليب غيره، حيث لا يحق للمالك الحليب أن يفوّره حتى تتصاعد الذرات المائيه للغاصب، ويرجع الحليب على مقداره السابق، لأنه إتلاف، كما لا يحق له إيجاب الغاصب بذلك.

وهكذا الحال، إذا جمّد الغاصب ماء المالك، فإن لم يكن للجمد قيمه فوق قيمه الماء كان له الإيجاب بالإذابه، كما كان له الإذابه بنفسه، أما إذا كان للتجميد قيمه لم يحق له ذلك، مثلاً قيمه الماء درهم، وقيمه الجمد درهمان، فإنه إذا أذابه أو أجبره على الإذابه كان معناه أنه ضرره بدرهم، فدلّيل «لا ضرر» محكم في المقام، فتأمل.

ثم إنه إن طلب الغاصب من المالك إزاله الصبغ، فلا يجب على المالك الإجابة إليها، سواء بقي للصبغ قيمه بعد الإزاله أم لا.

أما إذا لم تبق قيمه له بعد الإزاله، فلأنه لا وجه لإجابته بعد كون الأصل عدم الوجوب على المغصوب منه، كما أنه لا يجب على المغصوب منه تسليم المال إلى الغاصب بأن يزيله الغاصب، لأصل عدم وجوب تسليم ماله إلى الغير.

وأما إذا كانت للصبغ قيمه بعد الإزاله، فلأن الأصل عدم وجوب الإزاله على المالك وعدم وجوب التسليم لأن يزيله الغاصب، بل يشتركان كاشتراك أحدهما مع الآخر فى خلط مال أحدهما بالآخر.

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام القواعد، حيث قال: (ولو طلب الغاصب الإزاله أوجب إليها، ونقله فى مفتاح الكرامه عن الخلاف والمبسوط والغنيه والسرائر والشرائع والنافع والإرشاد والتحرير واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه ومجمع البرهان والكفايه، وهو المشهور، ذكره الشيخ وأتباعه كما فى التنقيح، وفى الرياض أنه المشهور خصوصاً بين المتأخرين، وفى الكفايه والمسالك أنه الأشهر) انتهى.

لكن عن التذكرة والدروس التردد.

وبذلك يظهر وجه النظر فى استدلال المحقق والشهيد الثانيين للمشهور فى المحكى عنهما (بأنه لو لا إجابته إلى قلع الصبغ لزم عدوان آخر، وهو التصرف فى مال الغير بغير حق، وأنه لا سبيل إلى تملكه بعوض ولا بغير عوض قهراً، ولا إلى إلزام المالك ببيع الثوب، وبيع الصبغ وحده مع الحكم المذكور لا فائده فيه، فربما لم يرغب فيه راغب، وبقاء الثوب فى يد المالك ممنوعاً من التصرف فيه موجب لزياده الضرر، فلم يبق إلا الإجابة إلى القلع، فحينئذ يترجح هذا بانحصار وصول الحق إلى مستحقه فيه، إذ من ظلم لا يحل أن يُظلم) إلى آخر كلامهما.

إذ قد عرفت أن مقتضى القاعده الاشتراك، ويكون حال الثوب المصبوغ كحال الأموال المشتركة فى كيفية فصل مال أحدهما عن مال الآخر.

وعليه فإذا أرادا شيئاً نفذ إرادتهما من بيع هذا لهذا أو بالعكس، أو بيعهما لثالث، أو المهاياه فى الانتفاع أو ما أشبهه، وإن اختلفا فأراد كل اشتراء مال صاحبه، أو أراد أحدهما الاشتراك وأراد الآخر البيع من الغير أو نحو ذلك فصل بينهما الحاكم.

ومنه يعلم وجه كلام الشرائع حيث قال: (ولو أراد أحدهما ما لصاحبه بقيمته لم يجب على أحدهما إجابته الآخر، وكذا لو وهب أحدهما صاحبه لم يجب على الموهوب له القبول).

وعلله فى الجواهر بقوله: (لما فيه من المنه، بلا خلاف أجده فيه إذا كان الطالب الغاصب، وإن احتمله فى الكفايه، إلا أنه لم نجده لغيره حتى من العامه مع وضوح ضعفه) انتهى كلام الجواهر.

كما أن منه يعلم وجه النظر فيما فى القواعد والتذكرة والروضه وغيرها، كما حكى عن جماعه منهم من أن لصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الغاصب دون العكس، انتهى.

إذ قد عرفت أنه لا فرق بين عدم إمكان إجبار أحدهما الآخر أن يكون الغاصب الجابر أو المالك.

ثم إن ما ذكرناه من أن للغاصب ضامن لنقص قيمه الثوب، إنما هو فيما إذا نقص بسبب الصيغ، أما إذا نقصت قيمه بسبب تنزل السوق، فلا إشكال فى أن الغاصب ليس بضامن، لأنه ليس من فعله، ولذا فى الجواهر بعدم الضمان مع استناد النقصان إلى تغير السوق، لا إلى فعل الغاصب، وكذا إذا حصل النقصان بسبب أن الثوب خلق بسبب عارض.

كما أن مما تقدم يظهر وجه النظر في قول الجواهر حيث قال: (ولو كان الصبغ مغصوباً من مالك الثوب، فإن لم يحدث بفعله نقصان فيهما فهو للمالك، ولا غرم على الغاصب ولا شيء له وإن زادت قيمه، لأن الموجود منه أثر محض، وإن حدث بفعله نقصان غرم) انتهى.

إذ قد عرفت أن الزيادة تكون للغاصب بقدر سعيه، ولم يعلم وجه لقوله: (بأن الموجود منه أثر محض) فإن هذه علة استيناسيه لا شرعية.

ثم إذا أمكن الفصل بين الصبغ والثوب، والحال أنهما لمالك واحد أو لمالكين، كان على المالك إجبار الغاصب على الفصل، وتضمنه النقص إن حصل كما في الجواهر، وذلك لدليل أن «الغصب مردود»، فإن مقتضاه رده كما كان.

نعم إذا رضى المالك أو المالكان أو المالك بعدم الفصل، لم يكن للغاصب الفصل، كما في الجواهر أيضاً، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه.

أما إذا رضى أحد المالكين بالفصل وأمره بذلك، ونهاه المالك الآخر، فالمرجع الحاكم إذ لا وجه لتقديم سلطه أحدهما على الآخر، فهو كما إذا قال أحد الشريكين لأجنبي بفصل ماله عن ماله شريكه، ولم يرض الآخر بالفصل، إذ وجه تلك المسألة آت هنا.

قال في القواعد: (ولو كانت قيمه كل منهما خمسة وسواى المصبوغ عشرة، إلا أن قيمه الثوب ارتفعت بالسوق إلى سبعة، وانحطت قيمه الصبغ إلى ثلاثه، فللمالك سبعة، ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها، وللغاصب خمسها وعشرها، وبالعكس إذ النقص السوقى غير مضمون).

أقول: أما الفرع الأول فهو واضح، لأن الثوب ساوى بعد الصبغ

للقيمه السوقيه سبعة، والصيغ ثلاثه، بعد أن كانت قيمه كل واحد منهما خمسة وبيعا، فإنه للمالك سبعة هي نصف العشره وخمسها، وللغاصب ثلاثه هي خمس العشره وعشرها، لوضوح أن الحكم يتعلق بما صارت القيمه السوقيه إليه، ولا أثر للخمسه التي كانت للمالك، أو التي كانت للغاصب بعد تغير السوق.

وكذا في كل شركه، فإذا كان لصاحب السكر خمس، ولصاحب اللبن خمس قيمه مالهما، وبعد الاختلاط تنزل السوق بأن صارت قيمه السكر ثلاثه، وارتفع السوق بأن صارت قيمه اللبن سبعة، فإنه لا يلاحظ القيمه السابقه، بل القيمه الحاليه النازله والصاعده.

ومنه يعلم وجه فرعه الثاني الذي قال: ولو ساوى اثني عشر فللمالك نصفها وخمسها، فإنه كما كان في الفرع الأول للمالك نصف العشره وخمسها كان في الفرع الثاني للمالك نصف اثني عشر وخمسها، وهما ثمانية وخمسان من اثنين، وكذلك يكون للغاصب خمسها وعشرها لأنه قد كان له من العشره خمس وعشر.

ويمكن استخراج هذه المسأله وأشباهاها بالأربعه المتناسبه، بأن يقال: لو كان المجموع عشره لكان للمالك سبعة، فلو كان المجموع مثلاً سبعة وسبعين فكم للمالك، أو بالعكس بأن يقال: لو كان عشره لكان للغاصب ثلاثه، والآن حيث المجموع خمسون مثلاً فكم للغاصب.

إلى غير ذلك مما هو واضح، كما أنه يمكن استخراج المسأله بحساب الخطئين وغيره.

(مسأله ٢٧): قال فى الشرائع: (إذا غصب دهناً كالزيت أو السمن فخلطه بمثله فهما شريكان، ولو خلطه بأدون أو أجود قيل يضمن المثل لتعذر تسليم العين، وقيل يكون شريكاً فى فضل الجوده، ويضمن المثل فى فضل الرداءه، إلا أن يرضى المالك بأخذ العين) انتهى.

وقال فى مفتاح الكرامه: (إنه خيره المبسوط والتذكره والمختلف والإرشاد والدروس وغايه المراد وجامع المقاصد، وفى المسالك نسبته إلى الأكثر، وفى مجمع البرهان إنه ظاهر)، ثم قال: (ولكن فى السرائر أنه كالمستهلك إن شاء الغاصب أعطاه من زيته المخلوط، وإن شاء أعطاه من غير مثل زيته، إنه هو الذى تقتضيه أصول المذهب، لأن عين الزيت المغصوب قد استهلك، لأنه لو طالبه برده بعينه لما قدر على ذلك) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده ما ذكره، لأن الأمر عرفى والشارع لم يردع عنه، فإن الأمر دائر بين أن لا يملك أيهما شيئاً، أو أن يملك كل منهما كله، أو أن يملك الغاصب دون المالك، أو بالعكس، وكل ذلك خلاف العرف، وخلاف استصحاب الملكيه، فمقتضى القاعده بقاء ملكهما، ولذا استدلوا له بأن عين مال المالك موجوده فى الجملة، غايته أنها ممتزجه بغيرها، وذلك لا يخرجها عن ملكه، ولأن فى إثبات الشركه إيصال المالك إلى بعض حقه وإلى بدل بعضه من غير زياده فوتت على الغاصب، فكان أولى من إيصاله إلى بدل الكل.

ولذا رد الجواهر السرائر بقوله: (إنه لا شىء فى أصول المذهب يقتضى الخروج بذلك عن الملك، وإلا لخرج بالاختلاط أيضاً بغير اختيار أو برضى

منهما، كما أنه ليس في شيء منها ما يقتضى الانتقال عن الملك بمحض التعدى لو غصب رطلاً من هذا ورطلاً من هذا وخطهما، فإنهما يكونان بذلك هالكين، وإنما تقتضى أصول المذهب بقاء كل منهما على ملك مالكه، ويجرى عليهما حكم المشترك بالإتلاف والبيع ونحوهما، أو يثبت أن مثله سبب شرعى للشركة على وجه يكون الحبه الواحد مشترك بينهما، وإن كانت في الواقع هي لأحدهما، فحينئذ فلا فرق بين المزج الاختيارى والاتفاقي والغصبى في حصولها به) إلى آخر كلامه.

وهو كما ذكره، لما ذكرناه من أن الأمر عرفى والشارع لم يردع عنه، فمقتضى القاعده أنه ممضاه من قبله.

أما إذا خلطه بالأجود، فعن المبسوط وتبعه السرائر والتحرير كما حكى عنهم: (إن الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه، أو مثله من غيره، فإن باعه قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين، والصحيح أن هذا كالمستهلك، فيسقط حقه من العين ويصير في ذمه الغاصب، لأنه قد تعذر أن يصل إلى عين ملكه بعينها، فإذا انتقل إلى الذمه يكون الغاصب بالخيار بين أن يعطيه من عينه فيلزمه قبوله، لأنه قد تطوع بخير من زيتته، لا لأنه أعطاه عين ماله، وبين أن يعطيه مثله من غيره) انتهى ما فى المبسوط.

لكن عن مشهور المتأخرين كالتذكرة والإرشاد والمختلف والدروس وجامع المقاصد، وحكاه المحقق عن بعض أصحابنا: تشاركهما.

وعن الدروس والمختلف وجامع المقاصد: أنه يقسم بينهما وإن كان مال الغاصب أجود.

أقول: الظاهر تشاركهما كل بقدر حقه، فإذا كان الأجود يسوى دينارين

والأردأ يسوى ديناراً، كان للغاصب من العين بقدر دينارين، وللمالك بقدر دينار، وذلك لأنه هو العرفى فى مثل هذه المشاركات، قهريه كانت أو اختياريه من الغاصب، أو من ثالث.

وقد عرفت أن مثل هذه الأمور عرفيه أمضاها الشارع، حيث سكت عليها، ولذا احتج المتأخرون لرأيهم بأن الزيادة الحاصله زياده صفة حصلت بفعل الغاصب أو عنده عدواناً، فلا يسقط حق المالك من العين بسببها، كما لو صاغ النقره وعلف الدابه فسمنت، وعلم العبد صنعه، فتأمل.

وأما القولان الآخران، فيرد على قول الشيخ ومن تبعه أن مال المالك لا يكون كالمستهلك، كما أن مال الغاصب كذلك، ولذا فلا وجه لجعل مال أحدهما كالمستهلك حتى يكون له على الآخر المثل أو الثمن، كما أنه يرد على القول بالتشريك أنه لا وجه له بعد كون مال أحدهما أكثر من مال الآخر، فبماذا انتقل الأثر إلى الآخر، مع أن الاعتبار العرفى والشرعى والعقلى فى الماليات الروح والجسم، فإذا لم يمكن الجسم رجوع إلى الروح، كما تقدم مثل هذه المسأله فى بعض المباحث السابقه.

ولذا قال فى مفتاح الكرامه: (وقد يكون المراد من قوله فى التذكره والإرشاد تشاركاً، أنه إنما يشاركه فى أصل المال لا فى الزياده، فيكون الشأن فى ذلك كما هو الشأن فيما إذا انهال صاع رجل قيمته درهم على آخر قيمته درهمان، فإنهما يتشاركان ويباعان إذا تعاسرا، ويقسم الثمن بينهما أثلاثاً، وإن أراد قسمه عين الزيت على نسبه القيمه، ففي التذكره الأقرب عندنا الجواز، لأن القسمة ليست بيعاً عندنا) إلى آخر كلامه.

واحتمال كونه ريباً لا- وجه له بعد ما تحقق في بحث الربا من أنه حرم لأجل كونه فساداً للمال، وليس هذا من باب فساد المال، وإنما خلافه من باب فساد المال.

وبذلك يظهر وجه النظر في كلام الجواهر من احتمال كونه ربا، حيث قال: (ويمكن حمل ما في القواعد والإرشاد والتذكرة وغيرها من إطلاق الشركه على الوجه الذى ذكرناه، لقاعده «لا ضرر ولا ضرار»، وغيرها من الاستصحاب ونحوه، لا أن المراد الشركه حقيقه لعدم الدليل، والضرر على مالك الجيد مع فرض إرادته المساواه على تقدير التساوى فى الحكم، ولا دليل على الشركه فى العين بحسب قيمه على وجه يكون لمالك الجيد فى العين أزيد قدراً مما كان له، بل لعل ظاهر الأدله خلافه، بل هو الربا، بناءً على عمومته لمثل ذلك) انتهى.

نعم قوله فى رد المبسوط ومن تبعه: (من منع الاستهلاك الملحق بالتلف الموجب للانتقال فى الذمه، وإلا- كان المساوى كذلك، مع أن الشيخ لا- يقول به، بل دعوى كون مال المالك مستهلكاً ليس بأولى من القول بأن مال الغاصب مستهلك فلا شىء له، وهو واضح الفساد، فالتحقيق بقاء مال المالك على ملكه) انتهى.

هو الوجه، وقد أشار إلى هذا الرد على الشيخ غير واحد من الفقهاء.

وعلى هذا فإن رضى بالتقسيم كل بحسب مالته فهو، وإن تعاسرا حكم الحاكم إما بالتقسيم أو بالبيع وإعطاء كل بقدر مالته من الثمن، والظاهر أن الإيجاب على تقسيم العين حسب ماليتها أقدم من الإيجاب على البيع، لأن فى البيع

يكون الروح المالى فقط بدون جسم، مع أن السلطه على الروح وعلى الجسم معاً، فيكون فى كل طرف كالتقاص القهرى.

ومنه يعلم ما لو خلطه الغاصب بالأردأ، فإن للمالك العين بالزياده، لأنه عين ماله ولم يستهلك، ورداءته لا تسبب الرجوع إلى البدل.

كما أنه إذا بتر ذنب دابته مثلاً، أو فقأ عينه أو نحو ذلك، لا يخرج الملك عن ملك مالكه، وإنما له المال مع الأرش.

نعم إذا كانت الرداءه زائده بحيث يصدق الاستهلاك، كما لو مزج سمنه العادى بسمن متعفن ردىء جداً حتى لا يقال: إنه ماله، كان له حق البدل مثلاً أو قيمه، ويقدم المثل على قيمه، لما تقدم فى القيمى والمثلى.

ومنه يعلم أن القولين الآخرين فى المسأله:

أحدهما: ما فى القواعد قال: وبالأردأ يتخير المالك فى المثل والعين مع الأرش، وهو الذى اختاره التذكره وجامع المقاصد وتعليق الإرشاد والروضه.

والآخر: إنه يضمن المثل، وهو خيره المبسوط والسرائر والإرشاد والدروس واللمعه ومجمع البرهان على ما نقله عنهم مفتاح الكرامه.

غير ظاهر الوجه.

وإن علل الأول بأنه كالمستهلك، ولذا ينتقل إلى البدل، وعلل الشق الأول فى القول الثانى بما تقدم، والشق الثانى بأن حقه لم يسقط بالكلى بفعل الغاصب، مع إمكان التوصل إلى البعض، والنقص فى الخليط يجب جبره بالأرش، فاللازم إعطاؤه الأرش مع العين، غير ظاهر الوجه.

إذ يرد على القولين ما عرفت، بالإضافة إلى أنه كيف يرد العين مع الأرش فى القول الأول، مع أن اللازم رد العين الأزيد لا رد العين مع الأرش، لما تقدم فى الخلط بالأجود، فإنه أقرب إلى ماله عرفاً، وقد تقدم رد إشكال ورود

الربا فيما إذا كانا ربويين.

وكأنه لذا قال في الجواهر: (التحقيق بقاء المال على ملك مالكة ويشتركان في قيمته بالنسبه، كما لو اختلط المالان بغير اختيار، وما أدري ما الذى دعاهم إلى الفرق بين المزج الغصبى وبين المزج فتأمل) انتهى.

وعلى هذا، فلا فرق بين المزج بالمساوى أو الأعدون أو الأجداد فى الاشتراك فى المال بقدر قيمه، على ما ذكرنا تفصيله فى المزج بالأجود.

هذا، ولكن يمكن أن يقال فى كلتا صورتين، المزج بالأردأ والأجود، للمالك التخيير بين أن يأخذ من العين بالنسبه، وبين أن يأخذ مثل ماله، وذلك لأن الأمر عرفى، والعرف يرون تخييره، إذ ربما لا تنفعه العين، مثلاً له مقدار نصف ماله من الأجود، وله عائله يريد إطعامهم من المعتاد بقدر ضعف الأجود الذى يعطى له، إذ لا ينفعه ذلك الأجود ولا يتمكن من تبديله، فله أن يأخذ بمثل ماله من المعتاد بقدر ما كان له، وقد يكون لا يختلف لديه الحال فى الأجود الأنقص والمعتاد الذى امتزج منه.

وكذلك فى جانب الأردأ، فقد يكون له ضيوف لا يمكن تقديم غير الأجود إليهم، أو له مرض لا يمكن أن يتقوت بغير الأجود، فماذا ينفعه الأ-كثر المعتاد، وهنا يريد مثل ماله، وقد لا يهمله ذلك، فيأخذ الأكثر الأردأ من ماله، فإذا قبل بالعين الممزوج فهو، وإلا فمقتضى «الغصب مردود» بظاهره، وكذا «حتى تؤديه» أن اللازم الأداء بقدر ما أخذ منه كماً وكيفاً، وهذا هو الذى اختاره المحقق الرشتى فى غير المجانس.

قال: (إن الحق فى غير المجانس هو التخيير بين أخذ المثل والأخذ من

العين، فيكون شريكاً، بناءً على ثبوت الشركه في غير المتجانسين، كما هو الحق في الأقوال المصرح بها في باب الشركه إذا كان المزج حقيقياً اتفاقاً أو اختيارياً، وذلك لأن سبب الضمان وهو استهلاك العين موجود، وسبب الشركه أيضاً كذلك، بناءً على ما ذكر، ويلزم من اجتماعهما تخيير من له الحق، إذ لا مانع شرعاً وعقلاً من التخيير هنا، وقد ذكرنا أن عدم التخيير في بعض صور تعارض الأسباب مستند إلى المانع، وإلا فالقاعده تقتضى ثبوت التخيير من أجل التراحم بعد فقد الترجيح، كما في المقام) انتهى.

وبذلك يظهر أن كلا القولين في باب الخلط والمزج بغير الجنس محل تأمل.

قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (أما لو خلط بغير جنسه، كما إذا خلط الزيت بالشيرج، وخلط دقيق الحنطه بدقيق الشعير، لكان مستهلكاً وضمن المثل، كما صرح به الفاضل والشهيدان والشيخ فيما حكى عنهم وغيرهم، بل في الكفايه إنه الأشهر، بل لا أجد فيه خلافاً، لأنه تالف لبطلان فائدته وخاصيته، بخلاف الجيد مع الرديء المتفقين في الجنس، نعم احتمال في التذكرة قوياً ثبوت الشركه، كما لو مزجاه بالرضا أو امتزجا بأنفسهما) (١) انتهى.

ثم إنه إذا رضيا في الجيد والرديء مثلاً بالعين، لكن لم يعلم أن مال أيهما جيد، ومال أيهما غير جيد، فمقتضى القاعده جريان قاعده العدل، فإذا احتمال أن يكون مال زيد الجيد بما قيمته على الضعف، أو مال عمرو كذلك، نصف، لأنه مقتضى قاعده العدل.

وكذلك الحال في المتجانسين المتساويين كيفاً إذا علم باختلاف الكم

ص: ٣٥٢

ولم يعلم أن لأيهما الكم الأزيد، مثل أن لم يعلم أن لزيد طنين من الحنطه ولعمرو طناً أو بالعكس، فإنه يقسم الثلاثه الأطنان بينهما لكل نصفها.

من غير فرق فى كل ذلك بين أن يكون المزج والخلط باختيارهما، أو باختيار مختار غيرهما، أو بدون اختيار إطلاقاً، أو باختيار الغاصب منهما، لوحده الملاك فى كل المقامات الأربعة.

ص: ٣٥٣

(مسألة ٢٨): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا خلاف في أن فوائد المغصوب مضمونه بالغصب، وهي مملوكة للمغصوب منه، لأنها نماء، وإن كان قد تجددت في يد الغاصب، أعياناً كانت كاللبن والشعر والولد والثمر، أو منافع كسكنى الدار وركوب الدابة، بل الإجماع بقسميه عليه، بل وعلى عدم الفرق أيضاً في المنافع بين الفوات والتفويت، وكذا الكلام في منفعه كل ما له الأجره في العاده، لأن المنافع محسوبة أموالاً شرعاً، وقبضها بقبض العين)، انتهى.

وفي القواعد: والمنافع المباحه مضمونه بالفوات تحت اليد وبالتفويت.

وقال في مفتاح الكرامه: (وبالحكمين المذكورين طفحت عباراتهم بعضها في الكتاب وبعض في مطاوى كلماتهم في ضمن مسائل أخرى من دون خلاف أصلاً).

أقول: وذلك لما ذكره في المسالك وغيره كما تقدم من كون فوائد المغصوب لمالكه، لأنها نماء ملكه ومنافعه، فتكون مضمونه في يد الغاصب كالأصل.

قال: (ولا فرق في ثبوت أجره المنفعه بين أن يستعمل العين وعدمه).

أقول: وذلك لصدق الأدله المتقدمه، مثل «الغصب مردود»، و«فوتها المغتصب أعطى العوض»^(١)، و«على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، فإن المنفعه أيضاً مغصوبه أو فوتها، ومثل «لا تبطل حقوق المسلمين»، إلى غير ذلك من الآيات والروايات التي تقدمت في المسائل السابقه.

نعم ربما يشكل ذلك في المنافع والأجره التي لم يفوتها الغاصب،

ص: ٣٥٤

وإنما كانت تفوت على المالك، سواء كان بيد الغاصب، أو بيد نفس المالك كما إذا كان للمالك بستان متروك لشأنه سنوات، حيث لا يستنفع بثمرها ولا يقطع الأعواد والأخشاب منه، فإذا استولى عليها الغاصب ولم ينتفع بها، بل كانت كالسابق وكاللاحق بعد رده إلى المالك، تتساقط الأثمار وتفسد وتبقى الأخشاب والأعواد والأغصان حتى تتلف، فالظاهر أن الغاصب لا يضمها لعدم صدق أنه فوتها، أو فاتت تحت يده، خصوصاً إذا لم يكن للغاصب منع في أن يذهب المالك ويقتطفها ويقطعها للانتفاع بها.

وكذلك حال أجره الدار المتروكة للمالك منذ سنوات مثلاً، حتى أنها إذا كانت بيده أيضاً لم يكن ينتفع بالأجره ولا بالسكنى ونحوهما، كما إذا كانت داره في غابه منقطعه، وقد نزع المالك عن تلك الدار إلى المدينه ولا يمر عليها ولا يؤجرها، والغاصب لم يستنفع بها بسكنى أو إيجار أو نحوهما، فإن الأدله المتقدمه لا تصدق في المنفعه في هذه الصور.

ومن الواضح أن الإجماع ولا خلاف، إنما يستندان إلى الأدله المتقدمه لتصريح جملته من الفقهاء بها، فهي محتمله الاستناد أو ظاهره، فلا يمكن أن يكون مستنداً للكلى الذى ذكروه.

وكذا حال الصوف للحيوان، حيث إنه إذا لم يجزّ لم يتجدد الصوف، فإن المالك إذا لم يكن يجز صوف شاته وغصبها الغاصب ولم يجزه لم يكن وجه للقول بضمائه جزتين وثلاث وأربع وما أشبه.

وهكذا حال ماء البئر مما إذا لم يمتح لم يتجدد، وكان المالك لا يمتحه، وكذلك الغاصب، فإنه لا يضمن الشيء المقدر بأنه لو كان متح لكان نبع منها كذا من الماء، إلى غير ذلك من الأمثله.

وقد تقدم فى بعض المسائل السابقه أن الغصب عرفى، فإذا لم يصدق عرفاً لم يكن الأحكام الشرعيه مترتبه عليه.

وكذا الحال فى أجره الدابه إذا لم تكن تستأجر حتى إذا كانت بيد المالك، والغاصب لم ينتفع بها، فإنه لا وجه لضمانه الأجره، لأنه لم يفوتها، وقد تقدم مثل هذه المسأله فى عمل الحر.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام القواعد، حيث قال: (ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه أجره أعلاها، ولا تجب أجره الكل).

ومثله فى التذكرة وجامع المقاصد كما حكى، إذ لا وجه لأجره الأعلى، بل المعيار الأجره التى فاتت، فإذا كانت الخياطه أعلى، لكن لم تكن الخياطه فى هذا الزمان مثلاً للحر ونحوه، فإنه لا- وجه لضممان الغاصب لأجره الخياطه، بل وكذا إذا كان ترك الخياطه ولا- يريدها حتى إذا كان بيد المالك لم يخط، وهكذا الحال بالنسبه إلى أجرتى الدابه وغيرها، فقوله: (له بالأجره الأعلى) غير ظاهر الوجه.

نعم لا- ينبغى الإشكال فى ضمان الأجره الأعلى فيما إذا كان المالك يريد إيجارها بتلك الأجره، مما كان ممكناً عرفاً أيضاً، وميسوراً خارجاً، لصدق «فوتها» (1) ونحوه.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلمات جملة منهم، كقول المسالك: (إن استعمله فى الأعلى ضمنها، وإن استعمله فى الوسطى أو الدنيا ففى ضمان الأعلى وجهان)، وتبعه صاحب المفاتيح.

وقال فى الروضه: (إن أمكن فعلها جملة أو فعل أكثر من واحده وجب

ص: ٣٥٦

١- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١

أجره ما أمكن، وإلا فأعلاها أجره، ولو كانت الواحدة أعلى منفردة من منافع متعددة يمكن جمعها وجب الأعلى).

وقال في مفتاح الكرامه بعد قول الروضه: وهذا هو الأشبه، وهو ظاهر جامع المقاصد.

نعم ما ذكره الدروس بقوله: لو استعمله بما له أجره زائده عن أجره المثل المطلقه لزمه الزائد، هو مقتضى القاعده، لأن الغاصب انتفع بالعين بقدر ذلك، فلا وجه لضمانه أجره المثل فقط.

ثم إنه إن اختلفت الأجره في مده الغصب، فكانت في اليوم الأول أكثر أو أقل، كان اللازم على الغاصب إعطاء الأجره بقدر أجره المثل في كل زمان من أزمته الغصب.

أما احتمال أن يضمن في كل وقت من أوقات المده بأجره مثلها في أول المده، فإن كانت في الأول أقل ضمنها بالأقل، وإن كانت فيه أكثر ضمنها بالأكثر، لأنه لو كان المال في يده لأمكن أن يكرهه بها في أول المده لجميع المده، فغير ظاهر الوجه.

ولذا صرح التذكرة في المحكى عنه، وتبعه مفتاح الكرامه بما ذكرناه.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون المالك كان يؤجر الشيء في أول الوقت أم لا، لأن تنظير غير التأجير به مع التفاوت بينهما في الدليل مما لا وجه له.

نعم يحتمل ذلك لصدق «فوتها المغتصب أعطى العوض»^(١)، لأن المغتصب هو الذى سبب خساره المالك بهذا المقدار، فالاعتبار أنه إذا كان بيد المالك كم كان ينتفع به.

ص: ٣٥٧

ثم إن الجواهر قال: (يلحظ الوسط من كل منفعه الموافق للمعتاد لا- النادر، كما أنه يلحظ في الدابه وغيرها أجرتها في الوقت المعتاد فعله كالنهار دون الليل، إلا أن يكون له منفعه معتاده في الليل أيضاً) انتهى.

لكن يمكن أن يقال: بالنسبه إلى النادر والوقت غير المعتاد إذا كان المالك بصدد ذلك وكان ميسوراً، مما يصدق «فوتها» كان على الغاصب إعطاؤها، لأنه هو الذى فوت على المالك المنفعه النادره والمنفعه غير المعتاده.

أما إذا كان المالك يريد الاستفاد بها بما يمرضها مثلاً بمنفعه أكثر من المنفعه المعتاده، فالظاهر عدم ضمان الغاصب لتلك المنفعه، لأنها لا تسمى منفعه فوتها.

ولو انعكس بأن استفاد الغاصب منها المنفعه الزائده الموجه لمرضها مثلاً، فالظاهر وجوب الأمرين عليه: بدل المنفعه والأرش، لوجود الدليل فى كل واحد منهما.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم وجه النظر فى قول الشرائع: (ولو سمنت الدابه فى يد الغاصب، أو تعلم المملوك صنعاً أو علماً فزادت قيمته ضمن الغاصب تلك الزياده، فلو هزلت أو نسي الصنعه أو ما علمه فنقصت قيمه لذلك ضمن الأرش وإن رد العين، ولو تلفت يضمن قيمه الأصل والزياده) انتهى.

وذلك لأنه إذا كانت الزياده من الغاصب فهى له، ولا- وجه لضمانه ما سعى فيه وزاده، ولا معنى لما علله فى الجواهر وغيره بضمن الزياده ولو المتجدد منها مما يكون من فعل الغاصب: بأنها أثر تابع لعين المالك، إذ هذا التعليل لم يظهر من نص ولا إطلاق.

وإذا استوفى الغاصب المنفعه، فإن كانت لها

بدل فى نظر العرف وجب عليه البدل، وإذا لم يكن لها بدل فى نظر العرف لم يكن عمله إلا حراماً.

وبهذا يظهر وجه قول الجواهر: (إذا لم يكن بالمنفعة أجره فى العاده كالغنم والشجر ونحوهما، مما لا تستأجر عاده لذلك، وإن قلنا بصحة إجارتها ببعض الانتفاعات، إلا أنها ليست أموالاً عرفاً والأصل البراءة، بل قد يقال بذلك حتى لو استفادها، بأن نشر ثيابه على الشجر مثلاً، أو ربط دابته بأصله، نعم لو كان قد أجره لذلك كانت الأجره للمغصوب منه بعد الإجاره) انتهى.

فإن المنفعة إذا لم تكن مالاً عرفاً لم يكن وجه للأجره، أما إذا أجرها فقد صارت مالاً ويكون عليه الضمان.

ومنه يعلم حكم ما إذا غصب حائطاً ثم جلس فى ظله، فقد يعد ذلك منفعه لها بدلها، كما فى الطرق حيث يبنى الحائط أو تنصب الخيمه أو ما أشبه للانتفاع بظلهما ولو خارج الخيمه.

أما إذا لم يعد ذلك منفعه لها مقابل فلا شىء.

وكذلك الاتكاء على الحائط والاستناره بنور مصباح الغير ونحو ذلك، وقد ذكرنا طرفاً من الكلام فى هذا المبحث فى كتاب إحياء الموات.

(مسأله ٢٩): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لو زادت القيمه لزياده صفه كانت فى يد المالك، أو تجددت عند الغاصب ثم زالت تلك الصفه، ثم عادت الصفه بعينها، كما لو كان كاتباً فنسى ثم تذكر، أو ذا صنعه كذلك، عادت القيمه بعودها، لم يضمن قيمه الزياده الثابته، لأنها انجبرت بالثانيه فكأنها لم تزل) (١)، للأصل وصدق الأداء كما أخذ، وقاعده نفى الضرر، وأن الظالم لا يُظلم، وغير ذلك.

نعم لو نقصت الثانيه عن قيمه الأولى ضمن التفاوت.

أقول: الظاهر أن المسأله إجماعيه، لما ذكره مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وإن تساوى قيمه) انتهى. قال: (نحوه ما فى المبسوط والشرائع والتذكره والتحرير والإرشاد والدروس وجامع المقاصد وغيرها... وظاهرهم القطع بالانجبار وعدم وجوب الأرش فيما لو اتفقا جنساً، كما لو كان كاتباً أو عالماً أو خياطاً فنسى ثم تذكر إذا لم يفت شىء).

وفى المسالك: إنه لا شبهه فيه.

ومقتضى القاعده أن الأمر كذلك، وإن لم يكن تذكراً لما نسي، بل تعليماً من الغاصب إياه، وذلك لصدق أن «الغصب مردود»، وأن ما فوتها على المغتصب أعطاه، فلا حجه بما ذكره من كونه كاتباً فنسى ثم تذكر، فلو رده كاتباً كان رداً للمغصوب، سواء تذكر أو تعلم.

كما أن مقتضى القاعده أنه لو رده كاتباً أحسن كتابه من الكتابه السابقه مما له قيمه زائده، فالزياده للغاصب إذا كان الغاصب هو الذى سبب ذلك.

أما الفرع الثانى فى الشرائع من نقص الثانى عن قيمه الأولى، فالحكم كما

ص: ٣٦٠

ذكره، لأن النقص الفاتئ مضمون على الغاصب، والظاهر أن حال السمن كذلك فيما إذا كان سميناً فهزل ثم سمن، ولهذا كان المحكى عن صريح المبسوط والإرشاد ومجمع البرهان، بل وظاهر الشرائع أنه يجبر الثانى الأول، وذلك لأن الأصل عدم الضمان، ولا دليل عليه.

بل ظاهر أن «الغصب مردود» وغيره، ومفهوم «فوتها المغتصب أعطى العوض»⁽¹⁾، بل والعرفيه التى استندنا إليها فى السابق فى بعض المسائل السابقه، هو عدم الضمان.

ومنه يعلم وجه النظر فيما عن صريح التذكره وجامع المقاصد وظاهر الدروس أنه لا يجبر الثانى الأول، وإن استدلووا له بأن الثانى مال متجدد للمالك، والأول مال ذاهب، وبالأصل حيث إنه بعد الهزال صار الأصل الضمان.

إذا لا معنى لكونه مالاً متجدداً للمالك، وقد عرفت سابقاً أن المال المتجدد الذى سببه الغاصب يكون للغاصب، وإذا لم يكن مما سببه الغاصب بل كان من الله سبحانه وتعالى محضاً لم يكن على الغاصب أيضاً شىء، لصدق أنه رده كما كان، ومنه يعلم أنه لا مجال للأصل.

كما منه يعلم وجه النظر فى قول المسالك حيث قال: (وإن لم يكن العائد نفس الفاتئ، كما لو هزلت الجاربه ثم سمت وعادت القيمه كما كانت، ففيه قولان:

أحدهما: إنه ينجبر أيضاً ويسقط الغرم، كما لو أبق العبد فعاد، أو جنى على عين فايضت ثم زال البياض، وهذا هو الذى يقتضيه إطلاق المصنف، حيث خص الضمان بصفه غيرها، وإن كان ظاهر قوله: ثم عادت الصفه، قد يقتضى

ص: ٣٦١

خلاف ذلك، لأن السمن الأول غير الثاني، إلا أن الصفه وهى نفس السمن واحده.

والثانى: العدم، لأن السمن الثانى غير الأول، والأول وقع مضموناً، والثانى تجدد هبه من الله تعالى كالأول لو كان متجدداً، فلا يحصل للغاصب بسببه شىء، وهذا أظهر) انتهى.

كما أن منه يعلم وجه النظر فى قول المحقق الرشتى: (إن الصفه الثانیه إن كانت متجانسه مع الصفه الأولى مع إمكان اجتماعهما لا جبر كالسمن، فإن الفائت منه والعائد منه قد يجتمعان فيحصل السمن المفرط بهما معاً، لأن الفائت فى عهده الغاصب والعائد هبه جديده، ولا يقال عرفاً إنه جبر للسمن الأول لعدم استحاله اجتماعهما) إلى آخر كلامه.

فإن العرف أصدق شاهد على أنه جبر للسمن الأول، فكيف يقال إنه لا يقال عرفاً أنه جبر للسمن الأول، وكونهما قد يجتمعان أو لا يجتمعان لا أثر له فى نظر العرف حسب ما يستفيد من قوله: «لأن الغصب كله مردود»^(١)، وحسب مفهوم «فوتها»^(٢).

وكأن المحقق المذكور أخذ التفصيل المزبور من الجواهر، حيث قال: (كل صفه ذاهبه يمكن تقديرها مع المتجدده وتزداد قيمه بذلك هى لا تنجر بالمتجدده، وكل صفه لا يمكن تقديرها مع المتجدده، أو أمكن ولكن لا تزيد بها قيمه عن المجده بل هى هى، أو تنقص لا تضمن وتنجر بالثانيه، وحينئذ فكلا القولين المتقدمين عن المبسوط والتذكرة وأتباعهما لا يخلو من نظر لما عرفت من التفصيل المزبور)^(٣).

ص: ٣٦٢

- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣
- ٢- مستدرک الوسائل: ج ١٢ ص ١٠٥ ب ٧٨ ح ٥ الطبعة الحديثه
- ٣- انظر جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ١٧١

ثم الظاهر أنه إذا نقصت قيمه بمثل نسيان العبد الكتابه والكلب الصيد وما أشبهه، فرده إلى المالك مع الأرش، ثم تذكر العبد والحيوان الصفه المنسيه، أخذ الغاصب الأرش الذى دفعه، لأن الأرش كان كبدل الحيلوله، وقد تقدم فى بعض المسائل السابقه أن البدل يعاد إلى الغاصب إذا ارتفعت الحيلوله فى الجملة.

ولذا قال فى الجواهر: (بل لا يبعد أن يقال بكون التفاوت لو دفعه إليه متزلزلاً مراعى بعدم العود كالحيلوله، فلو رد العبد الذى نسى الصنعه ودفع معه الأرش، ثم تذكرها وهو فى يد المالك، رد إلى الغاصب ما أخذ منه، فإن المدار فى ذلك على قاعده نفي الضرر والضرار التى مقتضاها ما عرفت) انتهى.

بل وغير قاعده نفي الضرر والضرار أيضاً كما عرفت فى بعض المسائل السابقه.

ولذا فاحتمال أن يقال إن التالف مال ذاهب قد ذهب فى يد الغاصب وهو مضمون عليه، وما تجدد نماء مال المالك هبه من الله تعالى شأنه، فلا وجه لجبره الأول، بل يأخذ الأرش منه وإن رد العبد إليه، يدفعه أنه ضرر على الغاصب منفى بالقاعده المزبوره التى لا ينافيها غصبه، فإن الظالم لا يُظلم.

بل يقال: إنه قد رد على المغصوب منه، وإن كان الرد بعد مده، إذ لا فرق فى رد الشئيين فى وقت واحد أو فى وقتين، وأى فرق بين أن يرد عليه نصف ملكه ثم نصف ملكه الآخر، أو أن يرد عليه العين ثم الصفه.

ومنه يعلم أنه لا حق للمالك فى طلب الأرش إذا استعد الغاصب فى أن يرد عليه الصفه، كما إذا نسى العبد فعلمه بعد الرد إليه، أو هزلت الدابه

فسمنها بعد الرد إليه.

كما يعلم وجه النظر فيما ذكره التذكرة وتبعه المحقق الرشتي قائلاً: (ومن هنا يتجه القول بعدم الجبران إذا عاد في يد المالك بعد أخذ الأرش كما عن التذكرة، وأن العائد لما لم يكن حقيقه هو الفأنت احتاج في الحكم بكونه جابراً إلى تنزيل من العرف، والظاهر عدم كون العود في يد المالك مورد التنزيل، بل مورداً لجعله موهوباً جديداً وملكاً طريفاً للمالك) انتهى.

فإنه لا يشك العرف في أنه ليس هبه جديده، وإنما هو عود إلى ما كان.

نعم قد يكون هبه جديده، كما إذا علم المالك العبد، أو الكلب الذي نسيه، أو سمنت الدابه بسبب علف المالك لها، فإنها ليست هي القديمه.

ومنه يعلم صحه ما ذكره في التذكرة من أنه إذا مرض عند الغاصب ثم برئ رده من غير شيء. وإن قال في الجواهر: إنه مناف لكلامه السابق في مسأله الانجبار في السمن.

والحاصل: إن حصل صدق الرد ولو تدريجاً لم يكن على الغاصب شيء، وإن لم يصدق الرد كان عليه التفاوت، وإذا شك في الضمان فإن كان الأصل عدم الضمان استصح، وإلا استصح الضمان، لكن إذا كان النقص علم الكلب كان ذلك على الغاصب بين رده ورجوع علمه إليه.

ولو غصب دابه فهزلت، لكن كانت قيمتها هزيله وسمينه واحده، ردها بدون شيء، كما أنها لو سمنت لكن نقصت قيمتها بسبب السمن كما في الكلب

ص: ٣٦٤

السلوقى إذا سمن، أو الفرس المعد للسباق إذا سمن، أو ما أشبه كان اللازم عليه رده مع التفاوت، فليس المعيار السمن والهزال، وإنما المعيار فى نقص قيمه وعدمه.

وعليه فلو هزل الحيوان مما سبب زياده قيمته فى مثل الكلب والفرس المذكورين، فالظاهر أن زياده للغاصب إذا كان الهزال بسببه مما يعد داخلاً فى أن (ليس للإنسان إلا ما سعى) (١).

وكذلك إذا أزال صبغ الثوب مما سبب زياده قيمته، أو شذب الشجر، أو بتر العضو الزائد فى الحيوان أو العبد كاليد الزائده والإصبع الزائده والرجل الزائده ونحوها.

وكذلك الحال إذا أخذ ملوحه الماء مما صار صالحاً للشرب، فزادت بذلك قيمته.

نعم إذا صار السمن أو الهزال أو ما أشبه من قبل الله تعالى من غير سعى الغاصب، لم يكن للغاصب شيء، لأنه هبه من الله سبحانه وتعالى للمالك، ومثله الحال فى زياده المنفصله، كما إذا حملت الدابه أو الشجره من غير سعى الغاصب، فإنهما للمالك، أما إذا كانا من سعى الغاصب، فقد عرفت اشتراكهما فى تلك الزياده فى بعض المسائل السابقه.

ثم إن الشرائع قال: (أما لو تجددت صفه غيرها مثل أن سمت فزادت قيمتها، ثم هزلت فنقصت قيمتها، ثم تعلمت صنعه فزادت قيمتها، ردها وما نقص بفوات الأولى).

ص: ٣٦٥

وفى الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، بل الإجماع بقسميه عليه، بل هو مقتضى الضابط الذى ذكرناه، ضروره زياده قيمه بتقدير السمن الفائت مع الصفه المتجدده، فيضمنه الغاصب الذى قد فات تحت يده) انتهى.

لكن قد عرفت أن مقتضى القاعده أن الزيادة للغاصب والنقيصه عليه، فلا وجه لكون الزيادة للمالك مع أنها ليست سعيًا له.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره المسالك وتبعه مفتاح الكرامه والجواهر أيضاً بقوله: (فلو كان الكمال من وجه آخر، مثل أن نسي صنعه كانت قيمته معها مائه فصارت إلى خمسين، ثم تعلم صنعه أخرى غير الأولى فعادت إلى مائه، رده ورد معه خمسين، ولو تكرر النقصان وكان فى كل مره مغايراً بالنوع للنقص فى المره الأخرى ضمن الكل، كما لو غصب جاريه قيمتها مائه، فسمنت وبلغت قيمتها ألفاً، وتعلمت صنعه فبلغت ألفين، ثم هزلت فنسيت الصنعه فعادت إلى مائه، ردها وغرم ألفاً وتسعمائه) انتهى.

وفيه: إن مقتضى القاعده أن السمن فى الجاريه لو كان من الله سبحانه وتعالى لم يضمن نقصه الغاصب إذا هزلت، كما أن تعلم الصنعه إذا كان من الغاصب لم يكن وجه لضمانه إياها لو نسيها.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى قول المسالك حيث قال: (لو غصب شجره فتحات ورقها ثم أورقت، أو شاه فجز صوفها ثم نبت، يغرم الأول ولا- يجبر بالثانى لأنه غيره، بخلاف ما لو سقط سن الجاريه المغصوبه ثم نبت شعرها أو تمعط شعرها ثم نبت فإنه يحصل الانجبار، والفرق أن الورق والصوف متقومان فيغرمهما، وسن الجاريه وشعرها غير متقومين، وإنما يغرم أرش النقص الحاصل بفقدانهما) انتهى.

إذ يرد عليه: إنه لو كان إوراق الشجره وإنبات الصوف بفعل الغاصب لم يكن وجه فى ضمانه، لأنه بذلك رد المغصوب كما كان، فلم يكن وجه للأرش ونحوه، كما أن الشعر كالسن أيضاً متقوم، فإن كان المعيار التقوم فهما فيه سواء.

ثم إنه إذا أنسى الغاصب الجاربه صنعه محرمه كالغناء مثلاً مما نقصت قيمتها لم يكن ضمان، كما تقدم شبه ذلك فى إزاله الصنعه المغصوبه المحرمه من الآنيه والخشب ونحوهما، فإن الشارع لم يجعل له مالىه.

ثم إن الغاصب إذا أوجب فى العبد المغصوب أو الحيوان مثلاً استعداداً للمرض أو للصحه، فصح أو مرض عند المالك بعد رده إليه عد من سعى الغاصب ومن إضراره، فإذا كانت زياده أو نقيصه كانت له أو عليه، إذ لا فرق.

ومما تقدم يعلم وجه النظر فى قول المسالك: (لو مرض العبد ثم برئ فزال أثر المرض، ففى جبران الصحه للفائت منها وجهان، الضمان لأن الصحه الثانيه هى الأولى، وبه قطعت التذكره، والثانى العدم لمنع كونها الأولى، بل يكفى الشك فى استصحاب حكم الضمان، وكذا الحكم فيما لو رده مريضاً ثم برئ وزال الأثر) انتهى.

إذ يرد على الأول: أن لا استصحاب بعد رؤيه العرف أنه رد الشىء المغصوب فهو من تبدل الموضوع.

أما رده مريضاً ثم برئ وزال الأثر فهو على قسمين لأنه قد يكون يرى العرف أنه رد المغصوب، وقد يكون أنه يرى عدم رد المغصوب، ولكل حكمه فى التمسك بالاستصحاب نظر.

وحيث قد عرفت أن اللازم فى رد مثل المريض والمعيوب الأرش، فلا

وجه لاحتمال لزوم إعطاء أجره الطبيب والدواء على الغاصب، مثلاً- أخذ الحيوان وأمراضه وردة على الغاصب، وكان التفاوت عشره، لكن المغصوب منه صرف لصحته عشرين أو خمسه، فإنه لا يتفاوت الحال في ذلك، حيث إن الواجب على الغاصب الأرش فقط.

وهل يحق للغاصب أن يقول: أنا أطيب لك الحيوان ثم أردته، أو أردته ثم أبرئه لك ولا أعطيك الأرش.

أما الأول: فلا، إذ لا يحق له إبقاء الحيوان عند نفسه حتى يبرئه إذا كان المغصوب منه يريدته، فإن الغصب كما هو حرام ابتداءً حرام استدامه في كل لحظه، كما يفهم من دليله.

وأما الثاني: ففيه احتمال، إذ الواجب على الغاصب رد الغصب كاملاً والكمال يكون بإعطاء الأرش تاره، وتكميل المغصوب أخرى، فإنه وإن لم أجد من ذكره إلا أنه مقتضى العرفيه.

وقد تقدم أن الشارع أو كل الأمر إلى العرف، بل يمكن أن يستدل له بأن «الغصب كله مردود»^(١)، وبـ «فوتها المغتصب أعطى العوض»، فإن العوض شامل لكلا الأمرين.

ثم قال المسالك: (لو زادت قيمه الجاربه بتعليم صنعه محرمه كالغناء ثم نسيته، قيل لم يضمن النقصان، لأنه محرم والمضمون الزيادات المحترمه، وربما احتمل هنا الغرم لأن الواجب على الغاصب قيمتها كذلك، ولهذا لو غصب عبداً مغنياً يغرم تمام قيمته) انتهى.

ص: ٣٤٨

لكن الظاهر أن احتمال لا وجه له فيما إذا كانت الصنعة محرمة كما هو المفروض، لا إذا ما فرض أن الغناء إنما كانت للأعراس، وقلنا بجواز ذلك حيث لم تكن الصنعة محرمة، وإنما نقول بعدم وجه للاحتمال المذكور، لأن المحرم يجب إزالته، فكيف يجوز زيادته القيمة بسببه، مثلاً- لو كانت الجارية مغنية وتغني محرماً، وكان بالإمكان إنساؤها الغناء وجب إنساؤها، كما يجب إزالة الصنعة المحرمة.

ولذا ورد أن «ثمن الجارية المغنية سحت»^(١)، فعن محمد بن عثمان العمري، عن صاحب الزمان (عليه السلام): أما ما سألت عنه أرشدك الله وثبتك من أمر المنكرين لي» إلى أن قال: «وأما ما وصلتنا به فلا قبول عندنا إلا لما طاب وطهر، وثمن المغنية حرام»^(٢).

وعن إبراهيم بن أبي البلاد، قال: قلت لأبي الحسن الأول (عليه السلام): جعلت فداك، إن رجلاً من مواليك عنده جوار مغنيات قيمتهن أربعة عشر ألف دينار وقد جعل لك ثلثها، فقال: «لا حاجة لي فيها، إن ثمن الكلب والمغنية سحت»^(٣).

وفى روايه أخرى، عنه قال: أوصى إسحاق بن عمرو بجوار له مغنيات أن تبيعن وتحمل ثمنهن إلى أبي الحسن (عليه السلام)، قال إبراهيم: فبعت الجوارى بثلاثمائة ألف درهم وحملت الثمن إليه، فقلت له: إن مولى لك يقال له إسحاق بن عمرو، أوصى عند وفاته ببيع جوار له مغنيات وحمل الثمن إليك، وقد

ص: ٣٦٩

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٦٢ الباب ١ من أبواب ما يكتسب به ح ٢ و ٥ و ٧

٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٢ ص ٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٤

بعتهن، وهذا الثمن ثلاثمائة ألف درهم، فقال لى: «لا- حاجه لى فيه، إن هذا سحت وتعليمهن كفر، والاستماع منهن نفاق، وثمان سحت»^(١).

وفى روايه الحسن بن على الوشا، قال: سئل أبو الحسن الرضا (عليه السلام) عن شراء المغنيه، قال: «قد تكون للرجل الجاربه تلهيه، وما ثمنها إلا ثمن كلب، وثمان الكلب سحت، والسحت فى النار»^(٢).

وعن الطاطرى، عن أبيه، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله رجل عن بيع الجوارى المغنيات، فقال: «شراؤهن وبيعهن حرام، وتعليمهن كفر، واستماعهن نفاق»^(٣).

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام الجواهر على المسالك، حيث أيد الجواهر احتمال المذبور قائلاً: (قلت: ينبغى الجزم بالاحتمال المذبور، ولا- ينافى ذلك ما سمعته من عباره القواعد من تقييد المنافع المضمونه بالمباحه، لأن الظاهر إرادته إخراج المنافع المحرمه كالغناء واللعب بالآلات اللهو ونحو ذلك مما هو غير زياده قيمه بتعلم العلوم التى استعمالها محرم كالسحر والموسيقى وغيرهما مما يزيد فى قيمه معرفته، وإن لم يستعمله ولو لأنه قد يحتاج على وجه لا حرمه فيه كما هو واضح)^(٤)، إذ لا- وضوح فيما ذكره، فإن الاحتياج أحياناً قد عرفت الإشكال فيه وأنه خروج عن الموضوع، كما أن مقتضى النهى ووجوب إزاله المحرم أنه لا تزداد قيمته بذلك.

وعليه فإذا اغتصب جاريه مغنيه ثم أماتها مثلاً، أو ماتت عنده، لم

ص: ٣٧٠

- ١- الوسائل: ج ١٢ ص ٨٧ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٥
- ٢- الوسائل: ج ١٢ ص ٨٩ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٦
- ٣- الوسائل: ج ١٢ ص ٨٩ الباب ١٦ من أبواب ما يكتسب به ح ٧
- ٤- جواهر الكلام: ج ٣٧ ص ١٧٤

يضمن إلاّ قيمه بدون معرفتها الغناء.

ومنه يعلم وجه النظر فيما تقدم عن المسالك بقوله: (ولهذا لو غضب عبداً مغنياً يغرّم تمام قيمته)، إذ لا- دليل عليه، فمن أين ذلك حتى يجعل سنداً للاحتمال المزبور.

نعم لو غضب كلباً معلماً، أو حيواناً معلماً قيمته ارتفعت بسبب التعلم، كان اللازم عليه القيمة المرتفعه في الحيوان غير الكلب، بل لا يبعد أن يكون كذلك في الكلب إذا قلنا بأن قيمه الكلب أيضاً هي العرفيه، كما لم نستبعده في كتاب الديات، فراجع.

وعليه فلو غضب حيواناً كالقرد مثلاً، ثم علّمه الغاصب شيئاً بما زادت قيمته، فعلى ما ذكرناه سابقاً يكون شريكاً مع المالك فيما سعى، خلافاً للمشهور كما تقدم كلامهم وإشكالنا عليه.

ولو أجبر الغاصب الإنسان الذى غضبه على أن يعلم ولده مثلاً- شيئاً، فالظاهر أن الواجب على الغاصب رده بالإضافة إلى رد الأجره، سواء كان ذلك الإنسان المغصوب عبداً أو حراً، لأن أجره الحر أيضاً مردوده إذا استفادها الغاصب كما تقدم.

ص: ٣٧١

(مسألة ٣٠): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (لا يضمن من الزيادة المتصلة ما لم تزد به القيمة، كالسمن المفرط في الحيوان الذي لا يراد فيه ذلك إذا زال والقيمة على حالها أو زائده بلا خلاف ولا إشكال، إذ المعتبر من هذه الصفات ما له أثر في القيمة دون غيره، من غير فرق بين الموجود حال الغضب والمتجدد، بل قد عرفت أن المدار على قاعده «لا ضرر ولا ضرار»، مضافاً إلى قاعده اليد) انتهى.

لكن فيه: إنه إذا كان صاحب الحيوان يريد اللحم ولا يريد القيمة، مثلاً لحمه مائه منّ وهو محتاج إلى مائه منّ لضيوفه، أما إذا أعطاه القيمة واشترى به الحيوان من السوق كان اللحم خمسين مناً، فإنه لا وجه للقول بعدم الضمان، وأنه يصح له إعطاؤه القيمة، بل اللازم أن يعطيه ما غصب منه.

وقد تقدم أن الحيوان مثلي، بل وحتى إذا لم نقل أن الحيوان مثلي، إذ العرف يرون أنه لم يرد عليه ما اغتصب منه في مثل المقام، وكذلك إذا اغتصبه منه ولا قيمة له لكن المالك محتاج إليه، مثلاً في منى في أيامنا هذا حيث لا قيمة للذبائح إطلاقاً، إذا ذبح الذبيحة واحتاج إلى لحمه لضيافته ونحوها، فغصبها منه غاصب.

لا يقال: إنه لا يجب عليه شيء، لأن الذبيحة لا قيمة لها، فإنه خلاف «الغضب مردود» و«فوتها» (١) وما أشبهه، ومثل صحيحه أبي ولاد ونحوها لا تقف دون «الغضب كله مردود» والعرفيه وغيرهما.

ثم لو زاد في مكان من الحيوان ونقص في مكان، أو مرض مكان منه وأبل مكان آخر مريض منه، وكانت الزيادة والإبلا بفعال الغاصب مما له ثمر عمله،

ص: ٣٧٢

فالظاهر تدارك الزائد للناقص، لفرض أن قيمه لم تنقص إذا كانا متساويين، فيشملة «الغضب كله مردود»^(١)، ولمفهوم «فوتها المغتصب أعطى العوض»^(٢)، حيث لم يفوت المغتصب شيئاً بنظر العرف، بل هذا أولى من الأرش الذي هو أمر خارجي.

بل لا يبعد أن يكون كذلك فيما إذا اغتصب قطعاً يسوى ألفاً، ثم إن بعض أفراد القطيع هزلت وبعض أفرادها سممت، حيث إن القطيع يسوى ألفاً أيضاً فرد القطيع، وكان السمن أيضاً بفعل الغاصب، لأنه إذا كان بفعل الله سبحانه وتعالى، فقد تقدم أنه لا شأن للغاصب فيه، أما إذا كان للغاصب فله سعيه.

ص: ٣٧٣

-
- ١- الوسائل: ج ١٧ ص ٢٠٩ الباب ١ من كتاب الغضب ح ٣
 - ٢- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغضب ح ١

(مسأله ٣١): قال فى الشرائع: (لا- يملك المشتري ما يقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه، وما يتجدد من منافعه وما يزداد من قيمته للزيادة صفه فيه، فإن تلف فى يده ضمن العين بأعلى القيم من حين قبضه إلى حين تلفه إن لم يكن مثلياً) انتهى.

وقال فى المسالك: (لا إشكال فى عدم ملك المشتري بشراء فاسد، لأن نقل الملك من مالك إلى آخر موقوف على أسباب نصبها الشارع وحدود حدها، فما لم يحصل فالملك باق على أصله، وتسميته على تقدير فساد الشراء مشترياً مجاز بحسب الصورة، وإلا فالبيع حقيقه لا يطلق إلا على الصحيح.

وأما كونه مضموناً عليه، فلأنه قبضه ليكون مضموناً عليه كذلك، ولعموم «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، وللقاعده المشهوره أن ما كان مضموناً بصحيحه يضمن بفاسده، والبيع لو صح انتقل ضمان البيع إلى المشتري، بمعنى كون تلفه من ماله فيكون فى فاسده كذلك)، إلى آخر كلامه.

أقول: أما عدم ملك المشتري فواضح لما ذكره، إذ الفاسد لا يسبب الانتقال كسائر العقود، فإنها إذا كانت فاسده لا تؤثر أثرها، وكذلك فى الإيقاعات كالطلاق والعتق الفاسدين، ولذا ادعى فى الجواهر أنه لا خلاف ولا إشكال فيه.

ومنه يعلم وجه الضمان لأنه مال غيره، ولم يدخل على المجانيه حتى يكون مغروراً.

نعم ضمانه ما يتجدد من منافعه وزيادة الصفه فيه وضمانه بأعلى القيم، كل ذلك محل نظر، إذ المشتري بالنسبه إلى كل ذلك دخل على المجانيه لا على الضمان، فهو مغرور، فإن من يشتري شاه بدينار معناه أنه دخل على أن تكون الشاه فى قبال الدينار فقط، فإذا زاد سماً أو صفه أو ارتفعت قيمه إلى دينارين

ثم انخفضت، بل أو لم تنخفض أيضاً، كان اللازم أن يكون ضامناً بقدر دينار لا الأكثر.

ودليل «على اليد»^(١) مخصص بدليل الغرور^(٢)، وكون البائع أيضاً جاهلاً بالفساد لا يوجب ضمان المشتري، إذ الغار قد يكون جاهلاً أيضاً، كما ذكرناه في بعض المسائل السابقة، فإذا زعم الغار أن المال مال نفسه، فقدمه إلى المغرور هديه وأتلفه المغرور، فإنه يرجع إلى الغار فيما إذا أخذ المالك من المغرور ما أتلفه، لإطلاق دليل الغرور الشامل لصورتى علمى الغار وجهله.

ومنه يعلم وجه النظر في كلام الجواهر، حيث علل ضمان ما يتجدد من منافعه بقوله: (لأصاله الضمان المستفاد من عموم «على اليد» وغيرها)، وعلل ضمان ما يزداد من قيمته لزياده صفه فيه بقوله: (إذ هو حينئذ كالعين المغصوبه في هذه الأحكام)، وعلل الضمان بأعلى القيم (بأنه مثل المغصوب الذى عرفت حكمه، كذلك عند المصنف وغيره باعتبار أن المالك لم يأذن في قبضه إلا على تقدير صحه البيع، فبدونه يكون موضوعاً بيده بغير حق) انتهى.

فإن كل هذه التعليلات لا- تلائم دليل الغرور، فإنه هو المحكم فى المسأله، بل يمكن أن يقال فى المتجدد من المنفعه وزياده القيمه لزياده الصفه وأعلى القيم: كلها مشموله لما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده، فإن المشتري لا يضمن بهذه الأمور، وإنما يضمن بأصل العين فيما إذا كانت المعامله صحيحه، فإذا كانت فاسده أيضاً لم يكن ضامناً لها.

ص: ٣٧٥

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح ١٢

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من كتاب العيوب فى النكاح ح ٦

ومنه يعلم حال ما انتقل إلى البائع من الثمن، وحال الطرفين في سائر المعاملات، كالإجاره والصلح والمضاربه والمزارعه والمساقاه ونحوها، لأن الملاك في الكل واحد.

وقال في المسالك عند قول الشرائع بالضمان بأعلى القيم: (هذا يتم على تفسير الغصب بأنه الاستيلاء على مال الغير بغير حق، أما لو اعتبرنا العدوان لم يتم كونه غاصباً، إلا- بتقدير علمه بالفساد وجهل البائع، إذ مع جهلها أو جهل المشتري فليست يده يد عدوان، والوجه حينئذ أنه يضمن قيمه يوم التلف إن لم نقل في الغاصب مطلقاً كذلك، وإلا كان الحكم فيه كذلك مطلقاً بطريق أولى) انتهى.

وأشكل عليه الجواهر بقوله: (فيه: إنه على تقدير العلم ليس بغاصب أيضاً، لما عرفت من أن الظاهر غيره).

أقول: وفيه نظر، بل مقتضى القاعده ما ذكره المسالك، إذ على تقدير علمه بالفساد وجهل البائع يكون غاصباً أيضاً، لأنه قاهر غيره، فإن الغصب إنما هو الاستيلاء على مال الغير بغير حق، فهو كما إذا قدم زيد ماله لعمرو، وعمرو يعلم أنه مال زيد، وأن زيداً مشتبه في تقديم ماله إليه، فإنه غاصب لماله.

وأما في صورته علم البائع بالفساد وجهل المشتري فأولى أن لا يضمن المشتري زياده الصفه وزياده قيمه، لأنه مغرور فهو يرجع إلى من غره، فلم يعلم وجه جعل الشرائع أعلى القيم على المشتري مطلقاً الشامله لهذه الصوره أيضاً.

بل وكذلك الحال في صورته جهلها، إذ قد سبق أن الغار لا يلزم أن يكون عالماً، بل إذا صدق الغرور في طرف صدق الغار في طرف آخر، ويكون الغار ضامناً.

وقد تقدم روايه المحقق الثاني عن النبي (صلى الله عليه وآله): «المغرور يرجع على من غره»^(١).

وكيف كان، فقد نقل مفتاح الكرامه عند قول القواعد: (أو قبض بالبيع الفاسد أو السوم على إشكال) عن المقدس الأردبيلي التأمل في الضمان قائلاً: (لأن دليله القاعده المشهوره، وهى أن كل ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده وبالعكس، وقال: إن ذلك غير واضح، وكذا «على اليد ما أخذت»، ثم ردّ الأردبيلي بأن (القاعده لا أجد فيها مخالفاً، بل يأخذونها بطرفيها فى أبواب العقود اللازمه بل الجائزه مسلمه)^(٢) انتهى.

وهو كما ذكره المفتاح، مضافاً إلى أن الدليل على الضمان ليس خاصاً بالقاعده و«على اليد»، بل قد تقدم جمله من الأدله التى تدل على ذلك.

هذا بالإضافة إلى أن جعله التقابل بين قاعده ما يضمن وقاعده اليد غير ظاهر الوجه، بل قاعده ما يضمن مستنده إلى قاعده اليد، إذ معنى القاعده إثبات الضمان فى العقود الفاسده المقرونه بالقبض والإقباض، وأن نسبه الضمان إلى العقد الفاسد باعتبار أنه إقدام من المتعاقدين على ضمان العوضين على وجه لا يعد معه التسليم والتسلم من موانع تأثير اليد، كما أشار إلى ذلك المحقق الرشتى وغيره.

وإن شئت قلت: إن قاعده اليد^(٣) شامله للمقام، ولا مخرج فتؤثر أثرها.

ص: ٣٧٧

-
- ١- المستدرک: ج ١٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من أبواب العيوب فى النكاح ح ٦
 - ٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٥٠
 - ٣- المستدرک: ج ١٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الوديعه ح ١٢

(مسأله ٣٢): قال فى الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (ولو اشترى من غاصب ولم يجز، بناءً على جريان الفضولى فيه ضمن العين والمنافع على حسب ما عرفت، ولا يرجع على الغاصب بشىء إذا غرم منهما إن كان عالماً، ضروره كونه كالغاصب حكماً، إذ لا غرور منه، ولكن للمالك الرجوع على أيهما شاء فى المطالبه بالعين ببدلها ومنافعها وصفاتها حتى المتجدده فى يد المشتري منها، لأن كلاً منها مصداق «على اليد ما أخذت» و«المغصوب مردود» وغير ذلك من الأدله كتاباً وسنّه وإجماعاً بقسميه.

فإن رجع على الغاصب بالبدل رجع الغاصب على المشتري الذى استقر الضمان عليه بالتلف فى يده لعدم الغرور، ولذلك إن رجع المالك عليه أى المشتري لم يرجع على الغاصب بشىء، لاستقرار التلف فى يده الموجب للرجوع عليه، كما أوضحناه فى مسأله تعاقب الأيدي) انتهى.

أقول: بعد وضوح النظر فى قول الجواهر ضروره كونه كالغاصب حكماً، إذ هو غاصب حقيقه لا حكماً، وأنه إن أجاز المالك صح البيع بأدله الفضوليه المقرره فى محلها، وأن المشتري العالم له الرجوع إلى الغاصب بالثمن الذى أعطاه، فإنه لم يبيع له أكله مطلقاً، فأكله له أكل للمال بالباطل، فهو مثل ما إذا قامره فقمره فأعطاه مالاً، فإن المالك لم يبيع له أكل المال، ولذا كان أكلاً للمال بالباطل. وكذلك فى باب الربا وغير ذلك من الأموال التى تعطى بعنوان الحرام، حيث إن الملاك فى كل هذه الأبواب واحد، يعرف وجه النظر فى كلام المسالك، حيث قال:

(فإن طلب البائع رجع على المشتري بما استقر تلفه تحت يده،

وبالعين إن كانت باقيه، وبدلها إن كانت تالفه باستقرار التلف في يده. نعم لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن استيفاء شيء منها فيه، أو نقصت في يده نقصاناً مضموناً اختص بضمانه من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءً أو عوداً، وإن رجع على المشتري بشيء من ذلك لم يرجع على البائع باستقرار التلف، أو ما في حكمه في يده، ولا يرجع على البائع بالثمن إن كان تالفاً، لأنه قد سلطه عليه وأذن له في إتلافه، وإن كان في مقابله عوض لم يسلم له، لأنه مع علمه بأنه لم يسلم له العوض في حكم المسلط عليه مجاناً، وللإجماع على ذلك، وإن كان الثمن باقياً، ففي رجوعه عليه به قولان:

أحدهما: وهو الأشهر، بل ادعى عليه في التذكرة الإجماع: عدم الرجوع، ولأنه بإعطائه إياه عالمياً بعدم عوض حقيقى في مقابلته يكون في معنى هبته إياه، إذ لا معنى لها إلا إعطاء العين من غير عوض، وهو متحقق هنا.

وللمصنف في بعض رسائله قول بجواز رجوعه به حينئذ، وهو قوى لعدم وقوع ما يدل على التملك، وأصالة بقائه على ملك مالكه، وتسليطه على التصرف فيه غايته أنه يمنع الرجوع بعوضه، أما مع بقائه فلا. وإن كان جاهلاً فإن كانت العين باقيه في يده ردها وأخذ الثمن إن كان باقياً، وبدله إن كان تالفاً لظهور فساد العقد الموجب لتراد العوضين) انتهى.

إذ لا وجه لعدم الرجوع إلى البائع، سواء كان الثمن تالفاً أو باقياً، بل له الرجوع على البائع بالثمن قبل رجوع المغصوب منه عليه، فإن المال الذى يعطى باطلاً لا يكون موجباً لتسليط الآخذ عليه مطلقاً، إلا إذا قصد المجانيه

والهبة، ومن الواضح أنه لا قصد كذلك.

أما الإجماع ففيه أنه ظاهر الاستناد، فلا حجة فيه في كلتا المسألتين.

ومنه يعلم وجه النظر في دعوى الجواهر الإجماع، والظاهر أنه أخذ ما ذكره هنا من المسالك قال: (بل لا رجوع للمشتري على الغاصب مع علمه حتى بالثمن مع تلفه إجماعاً عقوبه له) انتهى.

فإنه أى دليل على هذه العقوبة بعد كون مقتضى القاعده الرجوع قبل التلف وبعده، بل قبل رجوع الغاصب عليه أيضاً كما عرفت، فإذا اشترى شيئاً مغصوباً مع علمه بأنه غصب، أو علم بعد ذلك أنه غصب، والعين فى يده كان له الحق فى رجوعه إلى البائع فى الثمن، ولا- حق للبائع فى استرجاع العين المغصوبه، إذ المشتري بوضع يده على العين المغصوبه صار مكلفاً بإرجاعها إلى مالكيها.

كما يعلم وجه النظر فى تقييد الشرائع بقوله: (وإن كان المشتري جاهلاً- بالغصب رجوع على البائع بما دفع من الثمن)، وتعليل الجواهر له بقوله: (لظهور فساد العقد الموجب لتراد العوضين) انتهى.

إذ فيه ما عرفت من أنه لا فرق بين جهل المشتري وعلمه، فى أن له الحق فى استرجاع ما أعطاه للبائع، سواء رجع عليه المغصوب منه أو لا- لأن الثمن ثمنه، ولم يسلط البائع عليه مجاناً، وأكل البائع إياه من الأكل بالباطل، فعليه بدله إذا كان تالفاً، وعينه إذا كان باقياً.

ومنه يعلم أنه لا- يبقى مجال لقول المسالك، وتبعه الجواهر: (بأنه إن كان عوض العين بقدر الثمن فذاك، وإن كان أزيد ففى رجوعه على الغاصب

بالزيادة عن الثمن وجهان، من أن الشراء عقد ضمان، وقد شرع فيه على أن يكون العين من ضمانه وإن كان الشراء صحيحاً، ومن دخوله على أن يكون المجموع في مقابله الثمن، وهو يقتضى كون الزائد عليه في معنى التبرع به، فأعطاؤه إياه بغير عوض، فإذا أخذ منه عوضه رجع به، وهذا قوى) انتهى.

إذ البيع لم يؤثر شيئاً، بل بقيت العين على ملك المغصوب منه، والثمن على ملك المشتري.

نعم في صورته جهل المشتري تدخل قاعده الغرور في المسألة، فلا فرق في حق المغصوب منه في عينه أو بدلها، والمشتري في ثمنه أو بدله، بين ارتفاع قيمته وانخفاضها، وبين حصول الزيادة المتصلة أو المنفصلة وعدمه.

نعم إذا زادت العين بسبب عمل المشتري، أو زاد الثمن بسبب عمل البائع، كانت الزيادة مشتركة، لأن لكل إنسان سعيه ونتيجته ماله، فإذا كانت العين المغصوبه شاه وسمت بفعل المشتري كانت الزيادة له، وكذلك إذا ولدت، وإذا رأى العرف أنهما متشاركان في هذه الزيادة، أى صاحب الشاه والمشتري، قسمت الزيادة بينهما على حسب مال هذا وسعى هذا، فإن المال أيضاً كما قرر في محله عمل متراكم، فكان العمل من صاحب الشاه بشاته، ومن المشتري بعمله وسعيه، وقد تقدمت هذه المسألة في بعض المباحث السابقة.

ولو ألتف المشتري الزيادة كان له الرجوع إلى البائع بما أخذ منه المغصوب منه، لأنه مغرور، و«المغرور يرجع إلى من غرّ».

ومنه يعرف العكس، وهو ما إذا كان المشتري عالماً والبائع جاهلاً،

وقد زاد الثمن زياده متصله أو منفصله، وأتلفها البائع، فإنه لا حق للمشتري فى الرجوع على البائع بتلك الزياده، لأن البائع مغرور وقد غره المشتري، بل وكذلك صورته جهلهما معاً، حيث تقدم أن الغار لا يختص بالعالم، فقاعده «المغرور يرجع على من غره» تشمل البائع الجاهل بالنسبه إلى الزياده التى أتلفها، وإن كان المشتري أيضاً جاهلاً.

ولو كان الغار ثالثاً رجع المغرور إلى الثالث فيما رجع إليه.

ثم إن الجواهر قال عند قول الشرائع: (وإن رجع على المشتري لم يرجع على الغاصب لاستقرار التلف فى يده) انتهى: (نعم لو كان قبل بيعه قد استوفى شيئاً من المنافع، أو مضى زمان يمكن استيفاء شىء منها فيه، أو نقصت فى يده نقصاناً مضموناً اختص بضمانه، من غير أن يرجع به على المشتري ابتداءً أو عوداً) انتهى.

أقول: ما ذكره هو مقتضى القاعده، إلا فى إطلاق قوله: (أو مضى زمان يمكن استيفاء شىء منها فيه)، إذ مطلقاً ليس ذلك مما يكون ضامناً، فقد تقدم لزوم صدق «على اليد» (١) و«الغصب مردود» (٢) وما أشبهه، فإذا لم يصدق لم يضمن، كما إذا لم تكن للدار أجره بسبب الكساد مثلاً، وكان بإمكانه الاستيفاء ولم يستوف فإنه لا وجه لضمانه، نعم إذا استوفى كان ضامناً، ولعل الجواهر نظر إلى صورته صدق الحق والمال والغصب وما أشبه على المنافع المهدوره.

ثم إن الشرائع قال: (وللمالك

ص: ٣٨٢

١- المستدرک: ج ١٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب الصلح ح ١٢

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من الأنفال ح ٣

مطالبته بالدرك إما مثلاً- أو قيمه، ولا- يرجع بذلك على الغاصب لأنه قبض ذلك مضموناً، ولو طالب الغاصب بذلك رجع الغاصب على المشتري).

وعلق عليه الجواهر بقوله: (الذى هو غير مغرور بالنسبه إلى ذلك، ويده يد ضمان للشىء مثلاً أو قيمه لو فسد البيع بفساد صيغته ونحوها، كما لا إشكال فى عدم رجوعه به، وهذا معنى إقدامه على كون العين مضمونه عليه لا ما ذكره) انتهى.

ويرد عليه أن المشتري لو كان جاهلاً- صدق عليه الغرور، فلا- شىء عليه إلا بقدر ما أقدم من الثمن، سواء كان البائع عالماً أو جاهلاً، لما سبق من أن المغرور لا- يلزم أن كون غاره عالماً، بل وإن كان جاهلاً، كما إذا قدم زيد طعام عمرو إلى بكر وهو يزعم أن الطعام لنفسه، فإنه إذا رجع عمرو على بكر بقيمه الطعام كان له الحق فى الرجوع إلى زيد بسبب ما غره.

ولذا قال فى محكى الروضه: إن ضمانه للمثل والقيمه أمر زائد على فوات العين الذى قد قدم على ضمانه، وهو مغرور من البائع بكون المجموع له بالثمن، فالزائد بمنزله ما رجع عليه به، وقد حصل فى مقابلته نفع، بل أولى من هذا إذا كانت الزيادة على الثمن موجوده حال البيع، أما لو تجدد بعده فحكمها حكم الثمره، فيرجع بها أيضاً كغيرها مما حصل له نفع فى مقابله على الأقوى لغروره، ودخوله على أن يكون ذلك له بغير عوض.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الشرائع حيث تقدم عنه قول: (لأنه قبض ذلك مضموناً)، إذ لم يقبض المشتري الزائد مضموناً، وإنما قبض بقدر الثمن مضموناً، والكلام فى الزائد.

كما أن قول الجواهر المتقدم الذى هو غير مغرور أيضاً

غير ظاهر، حيث إنه مغرور كما عرفت، ولذا كان قول الجواهر في رد الروضه بضروره كون الإقدام المزبور إنما هو على تقدير صحه البيع لا مطلقاً، إذ هو معنى كون البيع عقد ضمان كما عرفت، غير ظاهر بعد إطلاق دليل الغرور.

والحاصل: إنه مهما تحقق الغرور لم يكن قرار الضمان على المشتري، فإن رجوع على المشتري رجوع هو على الغاصب، وإن رجوع على الغاصب لم يكن له الرجوع على المشتري.

ولذا قال بعد ذلك الشرائع: (وما لم يغرمه المشتري من ما لم يحصل له في مقابلته نفع كالتفقه والعماره فله الرجوع به على البائع).

وعلله الجواهر بقوله: (لأنه دخل على أن يكون ذلك له بغير غرم، وإنما جاء الضرر من تغير الغاصب، ولذا القول في أورش نقصانه وظاهرهم عدم الخلاف فيه، معللين له بالغرور الذي هو السبب المقتضى للضمان مقدماً على غيره مما هو أضعف منه) انتهى.

فإنه لم يظهر وجه الفرق بين المسألتين، إذ الغرور شامل لهما، والضمان إنما هو الضمان بقدر الثمن لا أزيد، ولذا الذي ذكرناه جعل الجواهر المسألتين من باب واحد، حيث أشكل في المسأله الثانيه بقوله: (وهو إن تم إجماعاً فذاك، وإلا كان للنظر فيه مجال لا يخفى عليك وجهه بعد الإحاطه بما ذكرناه من منع مثله سبباً يقتضى الضمان على وجه يقدم على مباشره المشتري، مضافاً إلى اقتضاء معنى كون البيع عقد ضمان على الوجه الذي ذكرناه ذلك أيضاً) انتهى.

ثم إنه لا فرق فيما ذكرناه من الأحكام بين ما لو كان الغاصب مع علمه بالغصب معتقداً دخول المغصوب في ملكه بسبب الغصب، بأن يكون الغصب عنده من المملكات، كالدوله التي تأخذ الضرائب الظالمه حيث إنها تزعم أن الأموال تصبح ملكها، وبين ما لم يكن كذلك بأن كان معتقداً عدم دخول

المغصوب في ملكه بسبب الغصب، وإنما علم بأنه نوع سرقة واغتصاب من أموال الناس بالإثم.

كما أنه لا فرق بين كون بيع الغاصب لنفسه كما هو المتعارف في بيع المغصوب غالباً، أو أن يكون البيع للمالك لتوقع الإجازة، فإن كلام الأصحاب شامل لكل الصور.

خلافًا للمحقق الرشتي حيث قال: ولعل المراد في كلام الأصحاب ما لو باع لنفسه وباعتبار أنه كسائر أمواله، لا صورته البيع معترفاً بأنه مال الغير، أو البيع نيابة عن المالك، إذ لا وجه لهذا التقييد لا ملاكاً ولا استفادة من كلام الأصحاب بعد إطلاقهم.

ومن كل ما تقدم ظهرت حال الصور الأربع للمسألة، من علمهما وجهلها، وعلم البائع دون المشتري، والعكس، كما أن ظهر أن مقتضى القاعده الضمان إلا فيما أخرجه الغرور.

ولو ادعى البائع على المشتري أنه كان عالماً بالغصب فالضمان عليه، وأنكر المشتري، كان الأصل عدم ضمانه لأصالة عدم العلم، وإنما عليه الحلف فقط في صورته الدعوى.

وكذلك إذا مات المشتري كان لورثته الحلف على عدم علمهم بعلم مورثهم بذلك.

ثم إن الشرائع قال: (أما ما حصل للمشتري في مقابله نفع، كسكنى الدار وثمره الشجر والصوف واللبن، فقد قيل يضمه الغاصب لا غير، لأنه سبب الإتلاف، ومباشره المشتري مع الغرور ضعيفه فيكون السبب أقوى، كما لو غصب طعاماً وأطعمه المالك، وقيل له إلزام أيهما شاء، أما الغاصب فلمكان الحيلولة، وأما المشتري فلمباشره الإتلاف، فإن رجع على الغاصب رجوع على المشتري لاستقرار التلف في يده، وإن رجع على المشتري لم يرجع

على الغاصب، والأول أشبه) انتهى.

لكن مقتضى القاعده أن للمالك الرجوع على أيهما شاء باعتبار إطلاق أدله اليد وغيره، لكن إذا رجع على الغاصب لم يرجع على المشتري المغرور، أما إذا رجع على المشتري رجع على الغاصب الغار، وإن كان الغاصب جاهلاً أيضاً، لما ذكرناه سابقاً من أن الغرور لا يلزم العلم.

ولذا أشكل عليه الجواهر بأنه (لو قلنا بجواز رجوع المالك على المشتري باعتبار حصول التلف في يده كان له الرجوع على الغاصب للغرور، فإنه أقدم على أن تكون هذه المنافع له مجاناً من غير دفع عوض، فهو كما لو قدم إليه طعام الغير وأكله فرجع المالك عليه، لكن لعل خلافهم هنا يؤمى إلى عدم تحقق قاعده الغرور في المقام، وإلا فلا مدخله لحصول النفع في مقابلته، إذ ليس هو بأعظم من أكل المغرور الطعام الذي قدم إليه، ومع ذلك جزم بكون الضمان أو قراره على الغار) انتهى.

فإنه كما ذكره، إذ كلما حصل الغرور كان للمغرور الرجوع إلى الغار لو رجع المالك عليه من غير فرق بين الصور.

ومنه يعلم وجه النظر فيما ذكره الجواهر أخيراً بقوله: (إنما المتجه ما ذكرناه من منع تحقق الغرور الذي يترتب عليه الضمان، إذ المسلم منه ما يترتب فعل الغير على فعله من حيث المجانيه ابتداءً كالإباجه والهبه والعاريه ونحوها، بخلاف ترتب فعل المشتري هنا على زعم كونه مالكاً الحاصل من وقوع عقد البيع مع البائع خصوصاً مع جهل البائع بالحال كالمشتري، فتأمل) انتهى.

إذ لا- دليل للفرق بعد حصول الغرور، ولا- فرق في ذلك بين كل أنحاء المعاملات من صلح وإجاره وبيع ومزارعه ومساقاه ومشاركه ورهن بشرط التصرف وغيرها.

(مسألة ٣٣): قال في الشرائع: (إذا غصب حباً فزرعه، أو بيضاً فاستفرخه، قيل: الزرع والفرخ للغاصب، وقيل: للمغصوب منه وهو أشبه).

أقول: القول الأول للشيخ في المحكى من غصب الخلاف والمبسوط، وابن حمزه في الوسيله، واستدلوا له بأن عين المغصوب قد تلف فلا يلزم الغاصب سوى قيمتها أو مثلها، بل عن الخلاف إنه قال: من يقول إن الفرخ عين البيض وإن الزرع هو عين الحب مكابر، بل المعلوم خلافه.

وأما القول الثاني، فقد قال مفتاح الكرامه عند قول العلامة: (والبذر والبيض إذا زرع أو فرخ فهو للمالك): (إجماعاً فيهما كما في الناصريه والسرائر، وبلا خلاف كما في الثاني أيضاً، وهو المذهب كما في الغنيه، وهو المعتمد عندنا كما في التذكرة، وفتوى من سبق الشيخ كما في الدروس، وعليه الفتوى كما في التنقيح، وعليه الأكثر كما في جامع القاصد، وهو خيره الخلاف في باب الدعوى، والمبسوط في باب العاريه، وغصب السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه، وهو المحكى عن أبي علي، قال: ولا ترجيح في الكفايه) انتهى.

واستدل له في الجواهر تبعاً لغيره، كما تبعه غيره، (باستصحاب الملك لهما وإن تغيرت الصوره التي ليست عنوان الملكيه، ولذا لا إشكال في بقائهما على الملك لو فرض استحالتهم إلى ذلك من دون غصب، ضروره كون الاستحاله بالنسبه إلى ذلك كتغيير صفات الشيء من السمن ونحوه، بل من القطعيات عندهم عدم خروج الثوب مثلاً عن الملك بقطع الغاصب له قطعاً متعدده، حتى قيل إن الشيخ نفسه من المصرحين بذلك مع أنه أولى بصدق اسم التلف عليه) انتهى.

لكن قد عرفت في بعض المسائل السابقة أن مقتضى القاعده اشتراك الغاصب مع المالك فيما إذا زادت قيمه، لأن الشيء من سعى هذا وأصل ذاك، فلا- وجه لاستبداد أحدهما به، وقد تقدمت هناك بعض الروايات الداله على ذلك فلا داعى إلى تكرارها.

نعم لو لم ترتفع قيمه كان مقتضى القاعده أن الكل للمالك، فهو كما إذا غسل الثوب الغاصب بما لم يسبب ارتفاع قيمه الثوب، وقد ذكرنا مثل ذلك أيضاً في مثل النطفه إذا غصبها الغاصب مجففه أو طريه وجعلها في رحم حيوانه، أو كان الحيوان للمالك وأحبله الغاصب، وكذلك في الطين إذا صنعه فخاراً أو آجرأ، أو بنى بالآيت المغصوب منه داراً في أرضه أو أرض الغاصب، إلى غير ذلك من الأمثله.

فإن في الكل الزيادة للغاصب إذا زاد، لأنه سعيه، والنقيصه عليه، وعدم الزيادة وعدم النقيصه يستوجب الرد على المالك.

وبذلك يظهر أنه لا وجه لقول مفتاح الكرامه، وإن كان المشهور بينهم ذلك على ما تقدم، وأنه لا يصح الاستشهاد لكلام الشيخ بأن نماء نطفه الفحل إذا غصبه وأنزاه على شاته وفرسه للمالك لأن النطفه لا قيمه لها، إذ قد عرفت أن النطفه لها قيمه عرفيه، وأن مقتضى القاعده الاشتراك كل بقدر حقه عرفاً، إلا أن يكون دليل على خلاف ذلك.

نعم إذا غصب حباً أو بيضاً فزرع أو استفرخ بدون مدخلية الغاصب في ذلك لم يكن له شيء، كما أن المالك إذا زرعه أو استفرخه كان الكل له.

ثم قال الشرائع: (ولو غصب عصيماً فصار خمراً ثم صار خلاً كان للمالك، ولو نقصت قيمه الخل عن قيمه العصير ضمن الأرش)، وبذلك صرح غير واحد.

بل فى مفتاح الكرامه: صرح الأصحاب به كالشيخ وابن إدريس ومن تأخر عنهما.

وهو مقتضى القاعده لما ذكرناه فى بعض المسائل السابقه من أن العصور الذى يصير خمراً ثم يرجع خلاً وكذلك غير العصور، هذه الخمر لا تخرج عن ملك المالك بسبب الانقلاب إلى الخمر، إذ الأدله لا تشمل مثل ذلك، وإن كان المشهور يقولون به.

وعليه فالملك للمالك من الأول إلى الأخر، لا أنه يخرج عن ملكه ثم يدخل فى ملكه، حتى يقال إنه إذا خرج عن ملكه فلا دليل على عوده إلى ملكه.

وعليه فلا فرق بين أن يدفع الغاصب بدله إلى المالك فى حال خمريته، وعدم دفع بدله إذا كان دفع البدل على وجه الحيلولة.

ومنه يعلم وجه النظر فى قول الجواهر إشكالاً على المشهور الذين أفتوا ببقائه على ملك المالك: (قلت: إن تم الإجماع فى ذلك كله، وإلا فلا - يخلو من إشكال، ضروره أنه بصيرورته خمراً خرج عن ملك المالك وصار فى ذمه الغاصب المثل، لأنه تلف أو بمتزلته، فإذا صار خلاً - لا - دليل على عوده إلى ملك المالك، بل يمكن أن يكون من المباح يملكه من يسبق إليه، أو يكون هو فى يده أولى به، وعلى كل حال فلا دليل على عوده إلى ملك المالك) انتهى.

وفى كلام القواعد حيث قال: (ولو غصب عسيراً فصار خمراً ضمن المثل، وفى وجوب الدفع إشكال، فإن أوجبناه فصار خلاً فى يد المالك وفى وجوب رد المثل إشكال، فإن صار خلاً فى يد الغاصب رده مع أرش النقصان إن قصرت قيمه الخل، ولو غصب خمراً فتخلت فى يده حكم بها للغاصب، ويحتمل للمالك) انتهى.

قال في مفتاح الكرامه عند قوله: وفي وجوب الدفع إشكال: (في الدروس إن وجوب دفع الخمر أيضاً أقرب، وفي المسالك إنه أقوى، وفي جامع المقاصد إن فيه قوه لبقاء الأولويه لإمكان إرادته التخليل، ومن ثم عاد ملكه إليها قبل دفع البدل، وذلك إن لم يعلم من حاله أنه يتخذها للشرب، لزوال حقه حينئذ ومعاونته على الإثم، ووجه العدم أنه خرج عن الملك، فإن المسلم لا يملك الخمر، ومن ثم وجب البدل تاماً، وهو أقوى، ولا- ترجيح في الإيضاح، وفي التذكرة يجوز أن يأخذها المالك ليمسكها حتى تتخلل) انتهى.

فإن مقتضى القاعده هو ما ذكره الشهيدان والمحقق الثاني، حيث إن هذه خمر محترمه، أما إرادته المالك أخذها للشرب حراماً فذلك مسأله أخرى، حيث يجب الحيلولة بينه وبين العمل المحرم، كما في كل عمل من هذا القبيل، فإذا أراد أن يسترجع سكينه ليقتل به إنساناً، أو يسترجع غلامه ليفعل به حراماً أو ما أشبه لم يجز إعطاؤه له لا- من باب أنه ليس ملكاً له، وإنما من باب الحيلولة دون وقوع المنكر.

وكذلك الحال فيما إذا غصب منه خمرأ قابله للخل، فإن هذه خمر محترمه وجب عليه رده إليه، فلا فرق بين أن يغصب منه خلأ ثم يتخمر، أو يغصب منه خمرأ قابله للخل.

ومنه يعلم وجه النظر في قول مفتاح الكرامه حيث قال: (فإن ما نحن فيه يخالف ما إذا غصبه خمرأ غير محترمه فتخللت في يده، فإنه لا- يجب عليه رد الخل، لأن العصير كان مملوكاً لمن هو في يده، وإنما طراً عليه مانع الملك فيزول بزواله، بخلاف الخمر فإنها لم تكن مملوكه له بوجه وانتزاعه من يده غير مضمون، بل ولا يسمى غصباً، وتخللها أحدث ملكاً جديداً لمن هي في يده

إن نوى بإبقائها فى يده التخليل) انتهى.

إذ لا وجه للقول بزوال احترام الخمر القابله للتخليل.

كما يعلم وجه احتمال القواعد فى قوله المتقدم: (ولو غصب خمراً فتخللت فى يده حكم بها للغاصب ويحتمل المالك)، ولعله مراد الإيضاح حيث وجه احتمال المالك بقوله بثبوت الأولويه للمالك باليد بالتخليل.

إذ قد عرفت أنه لا وجه للخروج عن الملك حتى يقال ببقاء الأولويه. نعم على مذاقهم حيث ليس بملك تبقى الأولويه.

والظاهر أنه لا مدخلية للنه، أى نيه المالك إبقائها فى يده للتخليل والعدم، إذ النيه لا تجعل غير الملك ملكاً أو الملك غير ملك.

ومنه يعلم النظر فى تعليقهم الأمر على النيه، فقد قال فى مفتاح الكرامه: (الأولى بالعلامه وبولده أن يختارا وجوب الرد للمالك لمكان سلطانه الثابت عليها، لكونها مستحقه لمن كانت فى يده بهذه النيه، وقد نفى فيها الخلاف عن وجوب الرد للمالك فى الخلاف وهو كالإجماع، أو أبلغ لأن مراده نفيه بين المسلمين، وقال فى التذكره: إنه مذهبننا، وهو خيره المبسوط والسراير وجامع المقاصد والمسالك)، إلى آخر كلامه.

وكيف كان، فقد ظهر مما تقدم أنه لو غصب بذراً فزرعه فى أرض إنسان آخر وسقاه إنسان آخر، كان الحاصل مشتركاً بين الأربعة: المالك والغاصب والساقى وصاحب الأرض لمدخلية الكل فى ذلك، وكذلك إذا غصب بيضاً فاستفرخه تحت دجاجة إنسان آخر، أو عملها فرخاً فى ماكنه إنسان آخر، فإن الفرخ يكون مشتركاً بين الثلاثة كل بقدر حقه.

مسألة ٣٤ لو غصب أرضاً فزرعها

(مسألة ٣٤): قال في الشرائع: (لو غصب أرضاً فزرعها أو غرسها، فالزرع ونماؤه للزارع) انتهى.

وقال في المسالك: (إذا زرع الغاصب الأرض المغصوبه أو غرس فيها غراساً، فنماؤه له تبعاً للأصول ولا يملكه المالك على أصح القولين).

وقال ابن الجنيّد: (يتخير المغصوب منه بين أن يدفع إلى الغاصب نفقته عن العين التي يحدثها ويأخذها، وبين أن يتركها له.

واستند في ذلك إلى روايه رواها عن النبي (صلى الله عليه وآله): «من زرع في أرض قوم بغير إذنه فله نفقته، وليس له من الزرع شيء»^(١).

والروايه لم تثبت صحتها، وتملك مال الغير بغير إذنه يتوقف على دليل ناقل عن حكم الأصل، وعموم «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عن طيب نفس منه»^(٢).

نعم لمالك الأرض إزاله الغرس والزرع وإن لم يبلغ أوانه ولم ينتفع به، بأن يكلفه القلع أو يقلعه بنفسه مع امتناعه، لقوله (صلى الله عليه وآله): «ليس لعرق ظالم حق»^(٣)، إلى آخر كلامه.

أقول: مقتضى القاعدة مع الغض عن قول الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، بل في التنقيح إن عليه عقد الإجماع اليوم، قلت: واليوم بل وقبل اليومين، إذ لم نجد مخالفاً في ذلك منا) إلخ.

أنه حيث إن الغرس يشترك فيها الاثنان صاحب الأرض وصاحب البذر

ص: ٣٩٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ١

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٣ الباب ٣ من أبواب القصاص ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١١ الباب ٣ من أبواب الغصب ح ٢

الغاصب الزارع يكون ملكاً لهما لا- لأحدهما، كل بقدر حقه العرفي، كما أن هناك إذا كان ثالث سقى كان شريكاً أيضاً، وكذلك إذا كان رابع، بأن كان من أحدهم البذر، ومن الآخر الأرض، ومن ثالث السقى، ومن رابع العمل، كما ذكروا في كتاب المزارعه والمساقاه.

وعليه فمالك الأرض مخير بين أحد أمرين:

الأول: أن يقول: الشجر والغرس لك وأعطني كرائي.

والثاني: أن يقول: الشجر لي وأعطيك قدر حقك، وهو مع كونه مقتضى القاعده لأنه العرفي في أمثال المقام، ورد عليه روايتان، الجمع بينهما يقتضى ذلك.

ففي خبر عقبه بن خالد، سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل أتى أرض رجل فزرعها بغير إذنه، حتى إذا بلغ الزرع جاء صاحب الأرض فقال: زرعت بغير إذني فزرعك لي وعلى ما أنفقت، أله ذلك أم لا، فقال (عليه السلام): «للزارع زرعه ولصاحب الأرض كراء أرضه»^(١).

قال في الجواهر: (ونحوه موثق سماعه، بل وموثق آخر).

والروايه الثانيه: هي الموثق في رجل اكرى داراً وفيها بستان، فزرع في البستان وغرس نخلاً وأشجاراً وفواكه وغير ذلك، ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك، فقال (عليه السلام): «عليه الكراء ويقوم صاحب الدار الغرس والزرع قيمه عدل ويعطيها الغارس، وإن كان استأمره فعليه الكراء وله الغرس والزرع يقلعه، ويذهب به حيث شاء»^(٢).

ص: ٣٩٣

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من كتاب الغصب ح ١

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٣١٠ الباب ٢ من أبواب الغصب ح ٢

ومنه يعلم أن رد الجواهر لهذا الخبر بقوله: (إنه خير متحد قد أعرض عنه الأصحاب، فلا يصلح الخروج به عن العمومات فضلاً عن الأدله السابقه)، غير ظاهر الوجه، خصوصاً والإجماع إن كان فهو ظاهر الاستناد لا- محتمله، كما يظهر من كلماتهم في الاستناد إلى ما ذكره.

بل وقد صرح الجواهر بهذا الاستناد حيث قال بعد خبر عقبه: (هو على وفق أصول المذهب وقواعده، ضروره كون الزرع والغرس ملك الغاصب، والأرض إنما هي من المعدات كالماء والهواء ونحوهما) انتهى، إذ لم يعلم وجه هذه الضروره، مع أن العرف يرون أن الغرس حيث إنه نتيجة الأرض والبذر ملك لهما.

وقوله: (الأرض إنما هي من المعدات كالماء والهواء) غير ظاهر الوجه، فإنه عرفاً فرق بين الهواء والماء، فالهواء معد، أما الماء والأرض فهما يصبحان جزءاً من الشجر والغرس، إذ الشجر والغرس لا يأتي اعتباراً، وإنما من الماء والأرض والبذر.

وقد تقدم في كلام المسالك أن النماء للغاصب إنما هو أصح القولين مما يظهر منه أنه لا- إجماع في المسألة، فالتمسك بالإجماع كبرى وصغرى في قبال العرف وفي قبال الروايه المقتضيه للجمع الذي ذكرناه غير ظاهر الوجه.

كما أنه يؤيد ما ذكرناه: الروايه التي رواها ابن الجنيد عن النبي (صلى الله عليه وآله)، ولم يعلم أنه من طرق العامه، ولذا تقدم في المسالك أنه لم تثبت صحتها، حيث إن السند غير ظاهر، بضميمه أنا نعلم أن هناك كانت روايات بأيدي أولئك لم تصل إلينا، كما أن هناك روايه تأتي في بعض المباحث الآتيه.

ويؤيد ما ذكرناه روايتان ذكرناهما سابقاً عن هارون بن حمزه، قال: سألت

أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري النخل يقطعه للجدوع، فيغيب الرجل فيدع النخل كهيئته لم يقطع، فيقدم الرجل وقد حمل النخل، فقال (عليه السلام): «له الحمل يصنع به ما شاء إلا أن يكون صاحب النخل كان يسقيه ويقوم عليه» (١).

وفى روايه أخرى له، عن الصادق (عليه السلام)، الرجل يشتري النخل ليقطعه للجدوع فيدعه فيحمل النخل، قال: «هو له إلا أن يكون صاحب الأرض ساقاه وقام عليه» (٢).

وشرط السقى إنما هو لأنه إذا لم يسق لم يكن نمو من الأرض وماء المالك، بل الكامن في ذات الشجر ظهر، أما إذا سقى فإنه يكون النمو من الأرض وماء المالك، ولذا فهما شريكان.

وبذلك يظهر أنه لا يمكن إسقاط قول أبي على من أن لصاحب الأرض أن يرد ما خسره الزارع ويملك الزرع على إطلاقه، وإنما يلزم تقييده بما ذكرناه من التخيير، بل في مفتاح الكرامه:

(قوى جماعه فى مسأله الصبغ قول أبى على كالمصنف فى المختلف والفاضل المقداد والأستاذ وابن أخته، ونحن أيدناه. ولكن هنا فى المختلف خالف أبا على، واستدل على خلافه بأنه عين ماله فلا ينتقل عنه إلا برضاه... ولعل فرقه بين المقامين أن الصبغ إمّا أن لا يمكن التخلص منه إلا- بذلك، حيث لا- يمكن فصل الصبغ أو لا يحصل منه شىء، وإمّا أن يحصل التخلص بدون ذلك... والزرع والشجر ليس كذلك، فتأمل. فكأن ذلك كله لا يعارض أدله الأصحاب) (٣)، انتهى.

بل فى الجواهر: (تعجب الفاضل فى المختلف من مخالفه الشيخ لابن الجنيد فى الصبغ، مع قوله فى المستعير للغرس بوجوب الإجابة عليه لو بذل صاحب

ص: ٣٩٥

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من بيع الثمار ح ١

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧ الباب ٩ من بيع الثمار ح ٢

٣- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ٣٦٨ ط الحديثه

الأرض قيمه الغرس) انتهى.

وكيف كان، فمقتضى القاعده ما عرفت من الجمع بين الأدله مما لم يظهر الإجماع على خلافه، ولا دليل معتد به على الخلاف، هذا مقتضى الصنائه وإن كانت مخالفه الأصحاب محل نظر، فتأمل.

ثم قال الشرائع: (وعليه أجره الأرض، وإزاله زرعه وغرسه، وطم الحفر وأرش الأرض إن نقصت).

وفى القواعد: (وعليه أجره الأرض وطم الحفر والأرش).

وعلق عليه فى مفتاح الكرامه: بأنه صرح بالأول والأخير فى المبسوط والوسيله والغنيه والسرائر والنافع والتحرير والإرشاد والتبصره والدروس وغيرها.

وفى الجواهر: إنه لا خلاف ولا إشكال فى ذلك كله.

واستدل له بما رواه عبد العزيز بن محمد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «من أخذ أرضاً بغير حقها أو بنى فيها، قال: يرفع بناءه ويسلم التربه إلى صاحبها، ليس لعرق ظالم حق»، ثم قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله): «من أخذ أرضاً بغير حقها كلف أن يحمل ترابها إلى المحشر»^(١).

أقول: أما أجره الأرض فواضح، لأنه استوفاهما بالبناء والزرع والغرس وما أشبهه، لكن ذلك إذا كان له أجره، أما إذا غرس شجره فى بستان إنسان مثلاً مما لا أجره له عرفاً فلا أجره عليه، إذ الدليل هى الأدله العامه مثل: «لا يتوى»^(٢)،

ص: ٣٩٤

١- الوسائل: ج ١٣ ص ٢٨٣ الباب ٣٣ من كتاب الإجاره ح ٣

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٢١٥ الباب ٦ من أبواب الشهادات

و«لا يبطل حقوق المسلمين»(١) وما أشبه مما تقدم جملة منها.

وأما الإزالة فلأن الإبقاء غصب، وقد عرفت أن «الغصب كله مردود».

ومنه يعلم وجه طم الحفر وأرث الأرض إن نقصت، لأن ذلك مقتضى الرد كما أخذ.

نعم يبقى الكلام في وجوب الإزالة، فهل هي مطلقاً سواء تضرر الغاصب أو لم يتضرر، أو خاص بصورة عدم تضرره فيما كان الغاصب جاهلاً، ظاهرهم الإطلاق، لكن لا يبعد التقييد فإن دليل «لا ضرر» محكم على الأدلة الأولية، وإذا قلنا بالتقييد كان «لا ضرر» مقيداً لخبر عبد العزيز السابق فتأمل.

وكيف كان، فقد قال الشرائع: (ولو بذل صاحب الأرض قيمه الغرس لم يجب على الغاصب إجابته، وكذا لو بذل الغاصب لم يجب على صاحب الأرض قبوله ولو هبه) انتهى.

ومثله في القواعد حيث قال: (ولو بذل صاحب الغرس قيمه الأرض أو بالعكس لم يجب القبول).

وعلق عليه مفتاح الكرامة بقوله: (بعوض أو غيره كالهبة).

أقول: وذلك لأنه مقتضى «الناس مسلطون على أموالهم وأنفسهم»، فلا حق لإنسان أن يأخذ مال إنسان آخر بعوض، كما لا حق لإنسان أن يدخل في ملك إنسان شيئاً بالهبة، لأنه عبارة عن تسلطه على غيره وهو خلاف مقتضى تسلط الناس على أموالهم وأنفسهم، فلا حق لأحدهما في جبر الآخر ببيع الشجر أو بيع الأرض.

ص: ٣٩٧

نعم قد عرفت أن مقتضى القاعده التخيير بين أن يقول المالك: الشجر لك وأعطني كرائي، أو الشجر لى وأعطيك استحقاقك، لأنه مقتضى الجمع بين الدليلين، وإن كانت المسأله مشكله وبحاجه إلى التأمل والتتبع.

ثم قال الشرائع: (ولو حفر الغاصب فى الأرض بئراً كان عليه طمها، وهل له طمها مع كراهيه المالك، قيل: نعم تحفظاً من درك التردى، ولو قيل للمالك منعه كان حسناً، والضمان يسقط عنه برضى المالك باستبقائها).

وفى مفتاح الكرامه عند قول العلامه: (ولو حفر بئراً فله طمها): (إلا أن ينهاه المالك فى زول ضمان التردى، قال: كما فى السرائر والتحرير والمختلف والدروس وجامع المقاصد وغيرها).

وفى المبسوط والغنيه: له طمها، نهاه المالك أم لم ينهه، رضى المالك أم لم يرض.

وقال فى المبسوط: لأنه حفر فى ملك غيره فلا- يأمن أن يقع فيها إنسان أو بهيمه فيلزمه الضمان، هذا إذا لم يبرئه المالك من ذلك، فإن برأه فقولان، والصحيح أن يبرأ.

وقال فى ديات المبسوط: إنه لو حفر بئراً عدواناً فى ملك غيره، ثم إن المالك رضى ببقائها بعد الحفر العدوانى سقط الضمان، وبه صرح فى ديات الكتاب والشرائع والتحرير والإرشاد، وهو يوافق ما هنا) إلى آخر كلام مفتاح الكرامه.

أقول: أما أصل الطم فلأنه مقتضى إرجاع المغصوب كما غصبه.

نعم يأتى هنا أيضاً ما تقدم من أنه لو تضرر الغاصب الجاهل بذلك، فدليل «لا ضرر» يمكن أن يكون محكماً على الأدله الأوليه، ويكون الغاصب شريكاً مع المغصوب منه، كما تقدم مثله فى صياغه الأوانى وصنع الباب من خشب

الغير، وصنع الثوب وخياطته، وغير ذلك من الأمثلة، لأن الكل من باب واحد، والملاك في الجميع هو دليل رد الغصب وعدم الضرر، وأن للإنسان سعيه.

أما بالنسبة إلى أنه هل له طمها مع كراهيه المالك، فالظاهر أن مقتضى القاعده أن ليس له ذلك، لأنه تصرف في ملك الغير بغير إذنه، وما ذكر في وجه (نعم) من أنه تحفظ من درك التردى، بالإضافة إلى أنه ليس مطلقاً، فيكون الدليل أخص من المدعى، أنه لا-وجه له، إذ أى فرق بين أن يطلب المالك إنساناً لحفر بئر في داره أو أرضه، وبين أن يحفر عدواناً ثم يرضى المالك بذلك، فكما لا ضمان في الأول في صورته التردى لا ضمان في الثانى.

نعم مقتضى القاعده أنه لو احتمل احتمالاً عقلائياً بالتردى، لم يجز له حتى حفر البئر في ملك الغير مع طلب ذلك الغير الحفر، لأنه يكون سبباً عرفياً، كما إذا طلبه المالك وقال: احفر في أرضى بئراً، والأرض كانت غير مسوره وكانت معبراً للناس، مما يعلم أنه لو حفر بئراً هناك كان معرضاً لسقوط الماره، فإن طلب المالك لا يوجب براءته، حيث إنه يعد سبباً، أما إذا طلبه ليحفر بئراً في داره مع احتمال أنه يسقط فيها ولده مثلاً أو بعض ضيوفه، لم يكن عليه شيء، لأنه في مثل ذلك لا يعد سبباً.

ومنه يعلم وجه النظر في القول الآخر، وفي قول الجواهر حيث قال: (الأ-حسن من اختيار الشرائع هو القول بأن له منعه وإن بقى الضمان عليه، لما عرفت خصوصاً بعد ما سمعت سابقاً من النظر في اعتبار العدوان في الضمان بذلك، لإطلاق الأدله الذى لا ينافيه الضمان، خصوصاً مع ابتداء الحفر على العدوانيه، كما فى المقام الذى لا يدفع السببيه الشرعيه الرضى المتأخر مع التصريح،

فضلاً عن مجرد الكراهة للطم لا- تنافى إرادته البقاء على الضمان مع ذلك. ومن هنا لا وجه للقول بأن حصول الضمان لتعديده بالحفر والإبراء لا يزيله، لأن الماضي لا يمكن تغييره عن الصفه التي وقع عليها، ولأن الضمان ليس هنا للمالك فلا يصح الإبراء منه، ولأنه إبراء مما لا يجب فلا يصح) انتهى.

إذ بعد تسليم الأمر إلى المالك لا يكون الحافر ضامناً، كما في الحفر الابتدائي برضى المالك، فلا مجال للاستصحاب.

وبذلك يظهر أن الماضي يتغير برضى المالك، وكون الضمان ليس للمالك مدفوع بأنه سبب بعد رضاه، فلا يكون الحافر سبباً، وليس المقام من إبراء ما لا يجب حتى يمنع.

ولذا قال في المسالك: (والأقوى ما اختاره المصنف من عدم جواز طمها مع نهى المالك، بل ولا يجوز بدون إذنه لأنه تصرف في مال الغير عدواناً، ودرك التردى يزول بنهى المالك له عن طمها لسقوط العدوان بذلك، وحينئذ فيستأذن المالك في الطم، فإن إذن له فعل وزال الدرك، وإن نهاه زال المانع) انتهى.

ثم إنه إن تعذر استيذان المالك لغيبه ونحوها، فاللازم الرجوع إلى الحاكم الشرعي لأنه ولي الغائب، أما أن يتصرف في الأرض بالطم بنفسه فذلك غير جائز.

ومنه يعلم أن قول المسالك: (ولو تعذر استيذان المالك لغيبه ونحوها جاز له طمها تحرزاً من الدرك المذكور) محل نظر، إلا إذا لم يمكن الوصول إلى الحاكم ووكيله وعدول المؤمنين، فإنه يجوز له ذلك من باب الحسبه ونحوها،

ثم الظاهر أنه ليس للمالك سلطته على إجبار الغاصب بإعطائه أجره الطم لو كان له أجره، لأن الواجب على الغاصب إعادته المغصوب ورده، لا أجره الرد، كما ذكر ذلك المحقق الرشتي.

كما أن الظاهر أنه ليس للمغصوب منه إجبار الغاصب، بأن يكون الذى يطم زيداً لا عمراً وهو بنفسه لا غيره، إذ الواجب هو الرد الصادق على كليهما، فلا حق له فى الاختيار.

ولو لم يستعد الغاصب على الطم، كان للمالك أن يطم بنفسه أو بأجير بعد الرجوع إلى الحاكم فى أخذ الأجره من الغاصب، لأن الحاكم ولى الممتنع لا المغصوب منه.

نعم إذا لم يمكن الحاكم ونحوه، كان له أن يطم وله الأجره من باب التقاص ونحوه.

ص: ٤٠١

مسألة ٣٥ لو دخلت دابه في ملك الغير

(مسألة ٣٥): قال في الشرائع: (إذا حصلت دابه في دار لا تخرج إلا بهدم، فإن كان حصولها بسبب من صاحب الدار ألزم بالهدم والإخراج، ولا ضمان على صاحب الدابه، وإن كان من صاحب الدابه ضمن الهدم، وكذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابه الهدم، لأنه لمصلحته) انتهى.

أقول: صور المسألة خمس، لأنه إما أن يكون بسبب صاحب الدار، سواء أدخلها بنفسه أو بتفريطه، وإما أن يكون بسبب صاحب الدابه، وإما أن يكون بدون تفريط وسببه من أحدهما، وإما أن يكون بسببهما، وإما أن يكون بسبب إنسان آخر.

وفي كل الصور إذا رضيا ببقاء الدابه في الدار، فلا كلام، أما إذا لم يرضيا فنذكره في مسائل:

الأولى: أن يكون المدخل صاحب البيت، والظاهر أن عليه الإخراج وإن تضرر بهدم الحائط أو نقض الباب.

وفي مفتاح الكرامه: وجهه ظاهر كما في مجمع البرهان.

وفي المسالك: إنه لا إشكال فيه.

وقد نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والإرشاد وجامع المقاصد.

من غير فرق بين أن يكون قيمه الحيوان أقل من قيمه نقض الباب أو أكثر أو مساوياً، لكن ينبغي أن يقال: إن دليل «لا ضرر» إذا كان الضرر غير متعارف محكم على دليل رد ملك الغير إليه، حيث إن الرد مقتضى سلطنه الناس على أموالهم، مثلاً إذا كانت قيمه النقض مائه وقيمه الدابه عشره، لا يمكن أن يقال بوجوب النقض برد الدابه، بل اللازم حينئذ إما قبول صاحب الدابه من بيعها

لمالك الدار، أو من ذبحها وإعطاء صاحب الدار التفاوت له.

ومنه يعلم وجه النظر في إطلاق كلامهم، إلا أن يقال بانصرافه إلى ما ذكرناه.

نعم صاحب الجواهر صرح بالإطلاق، حيث علق على قول الشرائع المتقدم: لعدم العدوان منه، وخصوصاً إذا كان غصباً من صاحب الدار للدابة مثلاً، لما عرفت من وجوب رد المغصوب إلى مالكه، وإن ترتب عليه ضرر أضعاف المغصوب.

الثانية: أن يكون المدخل صاحب الدابة، وفي هذه الصورة يلزم ملاحظه الجمع بين الحقين وأقل الضررين، وليس مجرد إعطاء صاحب الدابة ثمن الهدم كافياً في حقه في الإخراج والهدم، إذ قد يوجب الهدم والبناء صعوبه على صاحب الدار، فليس عليه أن يتحملها، فالأمر دائر هنا بين أمور، مثل هدم الحائط مع إعطاء صاحب الدابة العوض، ومثل ذبح الحيوان مع تضرر مالك الحيوان بذبحه لتفاوت قيمته مثلاً، وبين البيع للمالك، فاللزام أن يقدم أقل الأمور ضرراً وأقربها إلى الجمع بين الحقوق.

وبذلك ظهر الإشكال في إطلاق الشرائع المتقدم حيث قال: (وإن كان من صاحب الدابة ضمن الهدم). بل في الجواهر قال: (إنه بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له منا). وفي المسالك وغيرها عدم الإشكال.

ثم علق الجواهر عليه بقوله: (لكن قد يقال حينئذ بوجوب ذبح الحيوان إن كان مما يؤكل، ولم يرض المالك بالهدم، وخصوصاً إذا كانت قيمته أقل من أرش الهدم)، إلى آخر كلامه، فإنه بالإضافة إلى عدم وجه لتقييده بما يؤكل، إذ أحياناً يصح ذبح الحيوان بدون

أن يؤكل لفائده جلده ونحوه، أنه قد عرفت أن الأمر ليس دائراً بين الأمرين مما ذكره الشرائع والجواهر، بل بين أمور.

ومنه يعلم وجه النظر في قول الجواهر أخيراً: (نعم لو لم يكن الحيوان مما يذبح، أمكن القول حينئذ بذلك لقاعده «لا ضرر ولا ضرار»^(١)).
ضرار»^(١).

ومن المسألتين يعرف الكلام في الثالثه: بأن يكون السبب كليهما، ويكون الحال هنا كالمال المشترك برضاهما، حيث أراد الانفكاك، فإن سبب الانفكاك خساره فمقتضى القاعده أنها موزعه عليهما، إما أن يقدم خساره هذا على ذاك، أو ذاك على هذا في أصل الخساره كالذبح والهدم لا في قدرها، حيث إن القدر يجب أن يكون بينهما فمقتضى القاعده القرعه، لأنها لكل أمر مشكل.

وتأتى بقيه الكلام في هذه الصوره في عنوان الشرائع إدخال دابه رأسها في قدر غيره وافتقار الإخراج إلى كسر القدر.

ومنه يعلم الكلام في الصوره الرابعه: وهو إن كان المدخل ثالثاً، فإنه من جهه الخساره يجب تحملها عليه، لأنه مقتضى أن «الحقوق لا تبطل» و«لا يتوى» وما أشبهه، حيث إن اللازم على الثالث إعاده سلطنه كل من صاحب الدار وصاحب الدابه إليه، وأما من جهه تقديم الذبح على هدم الحائط، أو تقديم الهدم على الذبح، فإن تساوي وتعاضا بأن أراد مالك الدابه الإخراج وأراد مالك الدار الذبح فالقرعه، وإن تساوي وتوافقا فهو، ولا حق للثالث بأن يقدم خلاف رأيهما، وإن لم يتساويا بأن كان مثلاً أرش هدم الدار مائه، أما

ص: ٤٠٤

١- المستدرک: ج ٢ ص ٤٩٩ الباب ٩ من نواذر کتاب الصلح ح ١. الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من أبواب إحياء الموات ح ٣

أرش ذبح الحيوان عشره، فالظاهر أن للثالث أن يمتنع عن الأكثر، سواء تعارض المالكان أو توافقا، لأصالة عدم الضرر الأكثر عليه.

أما الخامسة: وهى ما لو لم تكن بتفريط ولا تسبب من أحدهما أو كليهما ولا من ثالث، فالظاهر لزوم تقديم أقل الضررين فى صوره عدم توافقهما على أحد الأمرين، لأنه مقتضى الجمع بين الحقين.

ثم إن الضرر الأقل يقع عليهما معاً لا على أحدهما، فإذا كان ضرر ذبح الحيوان عشره، وضرر هدم الحائط مائه، وأراد صاحب الدار ذبح الحيوان، وأراد صاحب الحيوان هدم الدار، فاللازم أن يقدم الذبح، ثم إن العشره تقسم عليهما، لعدم وجه لتحمل أحدهما كل الضرر دون الآخر فيتساويان، ولا مجال للقرعه فى المقام بين الهدم والذبح، لأن القرعه فى الأمرين المتساويين، لا فى أمرين أحدهما يشمله دليل لا يشمل ذلك الدليل الآخر، فإن الضرر بقدر العشره مقطوع به ولا يشمله دليل «لا ضرر»، أما الضرر بقدر التسعين الباقى فمشمول لدليل «لا ضرر».

ومنه يعلم وجه النظر فى كلام الشرائع المتقدم حيث قال: (وكذا إن لم يكن من أحدهما تفريط ضمن صاحب الدابه الهدم، لأنه لمصلحته)، بل فى المسالك نسبته إلى المشهور، بل قيل لا خلاف فيه بيننا.

لكن قال فى المسالك: (ويشكل بأن التخليص والمصلحه قد تكون مشتركه بينهما، بل هو الأغلب، وقد تكون مختصه لصاحب الدار بأن لا يكون لصاحب الدابه حاجه إلى إخراجها لصغرها وعدم صلاحيتها للانتفاع، وصاحب الدار يحتاج إليها فى موضع الدابه عاجلاً، والفرض انتفاء التفريط، نعم لو خيف هلاك الدابه بدون الإخراج اتجه وجوبه لحرمة الروح،

ومع ذلك ففي اقتضاء ضمان صاحب الدابة نظر) انتهى.

وبذلك ظهر أنه لا يصح توجيه كلام الأصحاب في الفرض، بأن صاحب الدابة مكلف بأخذها من دار الغير وتخليص ملكه منها، فكل ضرر حصل على صاحب الدار بالنسبة إلى ذلك وجب جبره على صاحب الدابة، لقاعده «لا ضرر ولا ضرار».

إذ لا دليل موجه إلى صاحب الدابة دون صاحب الدار، فهما كالمالكين المختلطين والممتزجين، حيث إن كون أحدهما أقل من الآخر لا يوجب أن يوجه التكليف إلى صاحب الأقل، بل ربما كانت الدابة تسوى أكثر من الدار، كما إذا كانت فيلاً يسوى ألفاً، بينما الدار طينيه لا تسوى إلا مائه.

ولقد أجاد الجواهر حيث أشكل عليهم بقوله: (الذي ينبغي في هذه ونحوها، بعد ملاحظه «لا ضرر ولا ضرار» وقاعده الجمع بين الحقين، ترجيح الأعظم ضرراً منهما على الآخر، إذا لم يكن عن تفريط كما هو المفروض، ومع فرض التساوى من كل وجه يرجع إلى القرعه، أو إلى اختيار الحاكم، وهكذا في كل حقين تراحما ولا مرجح لأحدهما، ولو من جهة التفريط وعدمه) انتهى.

وقد تقدمت الإشارة إلى أنه يلزم أيضاً ملاحظه الصعوبه والخرج دون الضرر فقط، إذ ربما يكون هدم الدار حرجاً وضرراً، والمالك للدابة مستعد لإعطاء الضرر، لكن يبقى الحرج على صاحب الدار بهدم داره وإعادتها، مما يسبب صعوبه له.

ومن ذلك يظهر وجه النظر فيما ذكره جماعه منهم، من أنه لو جاء السيل بنخله زيد مثلاً فأثبتها في أرض الغير، فإن عليه تخليص ملك الغير منها،

وجبر كل ضرر يكون من ذلك عليه، وكذلك إذا جاء الهواء بحبه فزرعه في ملك الغير، وقالوا: إن مالك الحب والنخل بالإضافة إلى وجوب التخليص يجب عليه جبر كل ضرر يكون من ذلك عليه.

إذ فيه: أنه لا وجه لكلا الحكمين بعد عدم تقصير صاحب الحب والنخل، وإنما هو كما إذا جاء الهواء فخلط مال أحدهما بمال الآخر، فإذا أراد كلاهما التخليص فلا كلام، أما إذا أراد أحدهما دون الآخر كصاحب الأرض دون صاحب النخل أو بالعكس، فاللازم الرجوع إلى الحاكم الشرعى كما فى المالين المشترك فيهما، والظاهر أن الضرر أيضاً يكون عليهما، سواء تضرر النخل أو تضررت الأرض.

إذ لا وجه لتوجيهه إلى أحدهما فقط، كما أنه فى المال المشترك الذى اشترك بسبب الهواء، إذا كان التخليص مستلزماً للضرر يلزم أن يكون الضرر موجهاً إليهما معاً، لا إلى أحدهما، وقولهم: (فإن على صاحب النخل تخليص ملك الغير منها) مصادره.

ويؤيد ما ذكرناه ما ورد فى باب الدابة الصائله التى سببت تلف إنسان أو حيوان، حيث لا يجعل الضمان على صاحب الدابة إذا لم يكن مقصراً، كما ذكره فى باب الديات.

ومنه يعلم حال فرع آخر ذكره التذكرة، وتبعه صاحب الجواهر وغيره، قال:

(وهكذا إذا باع داراً فيها حباب لا تخرج إلا بنقض الباب، فإذا نقلها كان إصلاح ذلك عليه، لأنه لتخليص ملكه)، إذ مقتضى القاعده أنه إن أراد كلاهما فلا كلام، وإن أراد أحدهما كان اللازم مراجعته الحاكم، وإذا نقض الباب كان

الضرر على كليهما لا على أحدهما.

كما أنه إذا دار الأمر بين نقض الباب بقيمه أعلى أو كسر الحب بقيمه أقل أو بالعكس، قدم الضرر الأقل ويوزع الضرر عليهما، ولا- يكون الضرر على أحدهما، وكذا الحال إذا كانت الدار والحباب لإنسان، فباع الدار لإنسان والحباب لآخر، أو أوصى مالكهما أن الدار لأحدهما والحباب للآخر، إلى غير ذلك من الأمثلة.

أما إذا قال صاحب الحب والنخل لصاحب الدار والأرض: إما اشتر منى مالى أو اشترى منك مالك، أو قال صاحب الأرض والدار لصاحب النخل والحب ذلك، فالظاهر أن المرجع هو الحاكم الشرعى فى الكسر للحب والقلع للشجر، أو إجبار أحدهما باستجابته الآخر فى البيع، وذلك للتعارض بين قاعده «لا ضرر» وقاعده السلطنة، ولا دليل على تقديم إحداهما على الأخرى، فالإجبار على البيع خلاف قاعده السلطنة، والإجبار على القلع وكسر الباب أو كسر الحب مثلاً خلاف قاعده «لا ضرر»، ولا دليل على تقديم إحدى القاعدتين على الأخرى فيما إذا لم يكن تقصير وتفريط من أحدهما.

ص: ٤٠٨

مسأله ٣٦ لو أدخلت الدابه رأسها فى قدر

(مسأله ٣٦): قال الشرائع: (ولو أدخلت دابه رأسها فى قدر وافتقر إخراجها إلى كسر القدر، فإن كانت يد مالك الدابه عليها أو فرط فى حفظها ضمن، وإن لم يكن يده عليها وكان صاحب القدر مفرطاً، مثل أن يجعل قدره فى الطريق كسرت القدر عنها، ولا ضمان فى الكسر).

وقال فى القواعد: (ولو أدخلت دابه رأسها فى قدر واحتيج إلى الكسر، فإن كانت يد مالك الدابه عليها أو فرط فى حفظها ضمن، وإن لم تكن يده عليها فإن فرط صاحب القدر بأن جعلها فى الطريق مثلاً كسرت ولا شىء له، ولو انتفى التفريط عنهما كسرت وضمن صاحب الدابه لأن ذلك لمصلحته، ولو نقصت قيمته لعب ثم زال العيب فى يد الغاصب فلا ضمان مع بقاء القيمة).

وقد نقل مفتاح الكرامه صوره تفريط أحدهما والحكم بضمن صاحب الدابه وعدم ضمانه عن المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان، قال: وهو الذى أوجز فى كلام الإرشاد والدروس، ولعله لما أراد فى الشرائع المحافظه على كلام المبسوط مع اختصاره وقع فى كلامه مسامحه لا تخل بالحكم، كما أنه نقل مسأله انتفاء التفريط عنهما وأنها تكسر ويضمن صاحب الدابه، لأن ذلك لمصلحته عن المبسوط وجميع من ذكر بعده عدا المسالك.

وفى الجواهر بعد نقل كلام الشرائع المتقدم قال: بلا خلاف أجده فى شىء من ذلك بين من تعرض له من الشيخ والفاضل والشهيدى والكركى.

ثم قال الشرائع: (وإن لم يكن من أحدهما تفريط، ولم يكن المالك

معها، وكانت القدر في ملك صاحبها، كسرت وضمن صاحب الدابة، لأن ذلك لمصلحته).

ونقله الجواهر عن جماعه، كما أن في المسالك أنه المشهور.

أقول: مقتضى القاعده أنه إذا كان أحد من الدابه والإناء أكثر قيمه، بحيث كان إتلافه في مقابل إتلاف الآخر إسرافاً وغير عقلائي، كان اللازم إتلاف الأقل قيمه، وإن كان صاحب الأكثر قيمه سبباً، كدابه بمائه وقدر بعشره أو بالعكس، بل وإن رضى صاحب الأ-كثر قيمه، لأنه لا-حق له في الإسراف، وإن لم يكن كذلك بل كانا متساويين تقريباً مما لا يعد إسرافاً عرفاً، كان الإتلاف على أيهما كان سبباً، وإن كانا كلاهما سبباً أو كان السبب أمراً خارجاً كالسيل والهواء وما أشبه أو إنساناً لا نظفر به، كما لو فعل إنسان ذلك ثم غاب وهرب، فإن مقتضى القاعده ما سبق من القرعه، وثم يتحمل الضرر كلاهما لا أحدهما فقط.

وبذلك ظهر وجه النظر في إطلاق الشرائع والقواعد وغيرهما.

وقول الشرائع: (لأن ذلك لمصلحته) غير ظاهر الوجه، لأنه ليس من الأدله.

ومنه يعلم وجه النظر في المحكى عن التذكرة في صورته تفريط صاحب الدابه حيث قال: (فإن كانت غير مأكوله اللحم لم يجز ذبحها، ووجب كسر القدر مع ضمانه، وإن كانت مأكوله اللحم فهل تذبح أو يكسر القدر، الأقرب ذبحها، لأنه ينتفع بلحمها فيقل الضرر على صاحبها، والنقص إن كان فمن صاحبها وقع، حيث وقع التفريط منه) انتهى.

فإن كلاً من المأكول اللحم وغير مأكول اللحم يمكن الانتفاع به.

ثم إن قوله: (بأنه ينتفع بلحمها في المأكوله اللحم) أيضاً ليس على إطلاقه، فإنه ربما تكون التفاوت بين قيمتها مذبوحه وقيمتها حيه كبيراً، كما في الفرس والبقره التي لحمها يسوى مثلاً عشره، وحيها يسوى مائه، ومثله في الإشكال ما تقدم من قول القواعد: (أو ديناراً في محبرته وعسر إخراجه كسر عليه).

وقد نقل مفتاح الكرامه: (إن مسأله الدينار المذكوره أيضاً في المبسوط والتذكره وجامع المقاصد، وقيد في الأخير بما إذا لم يكن صاحب المحبره غاصباً للدينار، ووجه القيد واضح، لأن الغاصب يجب عليه إيصال الملك إلى مالكه وجميع المؤن عليه) انتهى.

كما أنه يظهر مما تقدم أيضاً الوجه فيما حكاه الجواهر، من (أنه لو أدخل ديناراً في محبرته وكانت قيمته أكثر منه، ولم يمكن كسرها لم تكسر المحبره، وضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه، ولو دخلت زهره اليقطين في إناء الغير فعظمت اعتبر تفريطاً، ومع انتفائه يتلف أقلهما قيمه، ويضمن صاحب الآخر، وإن تساويا فالأقرب أن الحاكم يجبرهما، فإن تمانعا فالقرعه) انتهى.

إذ قد عرفت أن الميزان ما ذكرناه من كون اللازم إتلاف الأقل قيمه إذا كان أحدهما أقل، وإلا كان الإتلاف على أيهما كان سبباً، وإذا لم يكن أحدهما سبباً بأن كان كلاهما سبباً، أو السبب خارج قاهر أو إنسان هرب وغاب فالقرعه، ولا وجه لإجبار الحاكم.

وكذا يعلم وجه النظر مما ذكرناه فيما نقله مفتاح الكرامه عن المحقق الثاني قال: (ولم يستبعد في جامع المقاصد كسر الدينار، سواء زادت قيمته أو نقصت، لأنه يقبل الصلاح والإصلاح بسرعه وسهوله، إذ ليس إلا تجديد السكه بخلاف

المحبره، قال: نعم لو زاد نقصه على قيمه نقصان المحبره اتجه كسرهما وضممان الأرش) انتهى.

فإن المفروض عدم الإطلاق كذلك في الدينار أو في المحبره، فربما يقبل هذا الإصلاح دون ذاك، وربما كان العكس، والأولى ذكر الأحكام كليه.

ولا يخفى ما في ما عن التذكرة من أنه لو فرطاً معاً كسرت القدر وضمن صاحب الدابه، لأنه لمصلحته، حيث قد تقدم وجه الإشكال في الشرائع بأن المصلحه ليست من الأدله، وأنه مع تفريطهما معاً لا أولويه لهذا عن ذاك، إلا إذا كان أحدهما أكثر قيمه، وإلا فاللازم القرعه لا التخيير للحاكم.

فقول الجواهر: (والتحقيق ما ذكرناه من كون التخيير في القطع للحاكم وأولى منه الرجوع إلى القرعه)، إن أراد الأولويه اللازمه كقوله سبحانه: (أولى لك فأولى) (١) فلا بأس، وإلا فلا مجال لجعل التخيير مقدماً على القرعه.

ومما تقدم ظهر حال ما إذا سبب إخراج رأس الدابه من القدر، أو الدينار من المحبره، أو الفصيل من الدار نقصاً في قيمه أحد الجانبين، وأن النقص ربما يكون على هذا، وربما يكون على ذاك، وربما يكون على الثالث السبب، وربما يكون بين الصاحبين إذا كان التفريط من الجانبين.

وقد تبين بما تقدم وجوه النظر في قول المحقق الرشتي حيث قال: (وإن استلزم إتلافاً في العين أو في صفتها، فالأمر يدور حينئذ بين احتمالات:

أحدها: أن يلاحظ ضرر الطالب على تقدير عدم التخليص، وضرر المطلوب منه على تقدير التخليص بتقديم أقل الضررين، لما أشرنا في الأمر

ص: ٤١٢

الثانى قبل هذا الالتقاط من تقديم أقل الضررين، ومع التساوى فالقرعه.

والثانى: عدم السلطنه رأساً، وإن أفضى إلى تعطيل ماله من جانب المطلوب منه لاستلزام التخليص التصرف فى مال الغير المنهى عنه المنافى لقاعده السلطنه.

والثالث: سلطنته على التخليص مع دفع قيمه أو الأرش.

والأقرب بمقتضى القاعده على ما يقتضيه النظر هو الأخير، لأن فيه جمعاً بين الحقين، والأصل فى ذلك أنه متى دار الأمر بين فوات أصل المال وبين فوات خصوصيته العينيه مع محافظه ماليته، فالثانى أولى ارتكاباً لأقل الضررين، فيتحمل الطالب للتخلص خساره التلف المترتب عليه توصلًا إلى عين ماله، ويتحمل تجاوز المطلوب منه عن عين ماله بأخذ بدله قيمه أو أرشاً.

هذا إذا كان الطالب أحدهما، وإن كان كل منهما مريداً لخلاص ماله فمع التشاح تتعين القرعه، فيخلص من خرجت باسمه ماله ولو بكسر الآخر، مع دفع قيمه أو الأرش، فالقرعه لتعين من يسلم عين ماله بكسر الآخر مع الأرش أو العكس، يعنى من يكسر ماله ويأخذ الأرش.

وأما الكسر المجانى فلا مجال له لما عرفت، فإن إرجاع خساره إلى أحدهما بالكليه مع سلامه الآخر ينافى نفي الضرر، بل لا بد من إرجاع خساره إليهما فى الجملة، بأن يجوز أحدهما من عين ماله مع التوصل إلى ماليته بأخذ الأرش أو قيمه، ويخسر الآخر للأرش توصلًا إلى عين ماله.

بل قد يقال: بأنه يجب على طالب الخلاص أن يرضى المطلوب منه بما يريد من الغرامه، وإن تجاوزت قيمه أو الأرش السوقى، نظير الإيجاب على البيع أو البذل فى المخصصه، فإن الواجب إنما هو البيع، لا البيع بثمان

المثل، أو البذل والإنفاق لا الإنفاق بالقيمة العادله، وهكذا يقال فى المقام، بأن الواجب على المطلوب منه الإجابة فى إتلاف ماله لخلاص ماله الطالب، لا- الإجابة فى الإتلاف بالأرش السوقي، بل له الاقتراح فى تعيين غرامه ما يتلف من ماله للتخليص، لكنه ضعيف لم يقل به أحد، فافهم.

وكذا الحال فى البذل الواجب، فإنه لم يتقرر من الشرع فيه أمر، بل هو كالبيع الذى لا تعيين فى ثمنه شرعاً، هذا كله فى صورته عدم التفريط، وأما معه فإن كان صاحب التخليص هو غير المفريط وجب على المفريط الإجابة، وليس له أجر الهدم أو الكسر، لأنه مأمور برد المغصوب إذا كان التفريط عن غضب، فعليه مؤنه الرد التى هى فى المقام تحمل خساره الهدم والكسر، ولو انجر إلى ضياع ماله بالكلية كما فى وجوب رد المغصوب.

ولو كان التفريط بغير غضب، بل عن عدوان عرفى، فهو السبب أيضاً لوقوع خساره على نفسه دون الآخر، لأن التفريط فى حفظ المال حتى يدخل فى مال الغير تعريض له فى معرض الضياع والتلف، فلا- يكون له شىء إلا على نفسه، وإن كان الطالب هو المفريط فثبوت الأرش عليه واضح كما لا يخفى) انتهى ملخصاً.

إذ فيه أولاً: إنه لما ذا يخسر أحدهما فقط.

وثانياً: إنه لا وجه للقرعه مع كون كسر أحدهما أقل ضرراً.

وثالثاً: ليس تعيين الثمن بيد البائع وحسب اشتهاه، إذ لا يجوز عليه الإجحاف، فإذا كان الإنسان فى المخصصه وأراد من صاحب الخبز الخبز، فقال: الخبز بألف، بينما الخبز يسوى بدرهم، فليس على المحتاج إعطاء الألف وأخذ الخبز، بل إعطاء القيمة العادله، وقد ذكرنا فى باب الإجحاف

أن جماعه من العلماء قالوا بذلك، كما دلت عليه جمله من الروايات.

ورابعاً: إنه لا- يجب على المفرط الإجابة إذا كانت إجابته طرفه أقل ضرراً، لما عرفت من الوجه في ذلك، وفي سائر كلماته في هذا المقام مواضع للنظر أيضاً، كما لا يخفى على من راجعه بتمامه، والله سبحانه العالم.

ص: ٤١٥

(مسألة ٣٧): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (قال الشيخ (رحمه الله) في المبسوط: إذا خشي على حائض جاز أن يسند بجذع مثلاً بغير إذن مالك الجذع مدعياً للإجماع، أي قال: بلا خلاف، وفي دعوى الإجماع المزبور نظر ضروره عدم حكاية موافق له ممن تقدمه أو عاصره.

نعم في الدروس بعد أن حكى ذلك عنه قال: وحينئذ الأقرب ضمان عينه وأجرته وإن انتفى الإثم، وهو مع أنه غير صريح في وفاقه لا مدخلية له في ثبوت الدعوى المزبوره، ولعله لذا نزل في جامع المقاصد على خصوص خوف تلف النفس المحترمه، قال: والحق أنه إن خيف بترك ذلك ضرر على نفس محترمه ونحو ذلك جاز إسناده، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس، ويضمن العوض، ويلوح من تعليل الشيخ إرادته هذا المعنى حيث قال: إن مراعاة المصالح الكلية أولى من الجزئية مع التعارض، وهذا حيث لا يمكن نقضه أو يخاف المعالجة قبله) انتهى.

أقول: الصور الأولى للمسألة خمس وعشرون، لأنها فيما يتصرف في الغير نفساً أو مالاً، إما أن يكون لإنقاذ إنسان نفساً أو عضواً أو قوة، أو إنقاذ حيوان، أو إنقاذ مال، وهذه الصور الخمس تضرب في أمثالها، فهي خمس وعشرون صوراً، ومقتضى القاعده أنه إذا كان اضطرار أو حرج أو أهم ومهم جاز التصرف.

أما في الضرر والحرج فلاستثنائهما نصاً وإجماعاً.

وأما في الأهم والمهم فلأنها قاعده عقلائية مشموله لقاعده (ما حكم به العقل حكم به الشرع) بعد كون الأمر في سلسله العلق، وللملاك المستفاد من جملة من الأدله في موارد مختلفه من الفقه، مثل

ما ورد من دليل التقيه فى غير الدم، وما ورد من زنا المرأه التى خافت أن تموت عطشاً فأنقذت نفسها بالزنا لصاحب الماء لثلا تموت، وما ورد من النظر إلى الخنثى فى المرآه أو بدون المرآه، وما ورد من عدم الوضوء والغسل والصوم والصلاه الاختياريه والحج للمرض ونحوه، وما ورد من جواز الكذب فى الإصلاح والغيبه فى الاستشاره، إلى غيرها من الموارد المتعدده.

ولعل الشيخ نظر إلى الاضطرار أو قاعده الأهم والمهم، حيث إن وقوع حائط يسوى مثلاً بمائه اضطرار وضرر، وإسناده إلى جذع إنسان يلتزم صاحبه بإعطاء الأجره أو الأرش مما لا يكون إلا درهماً مثلاً أو ما أشبهه داخل فى قاعده الأهم والمهم، المستفاده من ملاك تلك الأحاديث وغيرها، بل يستفاد من بعض الآيات أيضاً كآيه خرق السفينه.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلام المسالك تبعاً لجامع المقاصد حيث قال: (إن ما ذكره الشيخ يتم على تقدير الخوف من وقوعه على نفس محترمه بحيث لا يندفع بدونه، لجواز إتلاف مال الغير لحفظ النفس، فإتلاف منفعتة أولى، أما بدون ذلك فالمنع واضح للمنع من التصرف فى مال الغير بغير إذنه عقلاً وشرعاً) إلى آخر كلامه.

ولعله لذا قال الجواهر: (لو كان حائط فى طريق المسلمين مثلاً، أو كانت قنطره كذلك، فإن إسناده بجذع الغير مع فرض انحصار الأمر فيه، والجبر بالأرش والأجره ونحو ذلك أولى، فإنه جهه مرجحه أيضاً) انتهى.

وكيف كان، فإنه إنما يجوز الإسناد ونحوه بغير استيذان إذا لم يمكن الاستيذان، وإلا لزم الاستيذان، سواء من المالك مع إمكان المالك، أو من الحاكم

مع عدم إمكانه، لدليل السلطنة مهما أمكن، ودليل أن الحاكم ولي الممتنع مع عدم إمكان الاستيذان.

وأما ادعاء الشيخ الإجماع، فلعله إجماع تشرفى كما ذكره الآخوند فى الكفاية، أو إجماع مستند إلى القاعده والأصل، كما ذكره الشيخ فى الرسائل، والله سبحانه العالم.

ص: ٤١٨

(مسأله ٣٨): قال في الشرائع: (إذا نقل المغصوب إلى غير بلد الغصب لزمه إعادته).

أقول: وذلك لأنه مقتضى «حتى تؤديه» (١١)، و«الغصب كله مردود» (٢) و(جزاء سيئه سيئه) (٣) وما أشبهه.

ولذا قال في الجواهر: لتوقف الأداء والرد على ذلك، لكنه قيده بقوله: إن كان مالكة فيه بغير إشكال، أما لو كان مالكة في غيره وجاء به الغاصب إليه، ففي المسالك تخير المالك بين أن يقبضه حيث يدفعه إليه، وبين أن يأمره بالرد إلى المكان الذي غصبه فيه، لأنه عادٍ بنقله فكان الرد عليه حيث يطلبه المالك، وله أن يأمره برده إلى بعض المسافه، بل هو أولى، انتهى كلام المسالك.

وما ذكره هو مقتضى القاعدة، مثلاً غصب منه في النجف وأعطاه في مكه، حيث يكونان فيها، فإن له أن يتنازل من حقه في دفعه في النجف ويأخذ، وله أن لا يتنازل عن حقه ولا يأخذ، لأنه مقتضى رد الغصب وأدائه عرفاً، والذي أمر به الشارع.

ومنه يعلم عدم الوجه في إشكال الجواهر عليه بقوله: (قد يناقش فيه إن لم يكن إجماعاً، بعدم الدليل عليه، بل مقتضى الأصول خلافه، بل ظاهر «تؤديه» و«مردود» ذلك أيضاً إذا كان المراد الرد إلى المالك، اللهم إلا أن يقال: إن الظاهر من الرد إرجاع الشيء إلى المحل الذي أخذه منه، خصوصاً بعد الاعتضاد

ص: ٤١٩

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب كتاب العاربه ح ١٢

٢- الوسائل: ج ١٦ ص ٣٦٥ الباب ١ من الأنفال ح ٤

٣- سورة الشورى: الآيه ٤٠

بفتوى من وقفنا عليه من الأصحاب) انتهى.

فإن قوله: (اللهم) هو مقتضى القاعده ولا وجه للمناقشه، بل ينبغي أن يقال: إنه يستفاد من «تؤديه» و«مردود» أيضاً ملاحظه الزمان، إذا كان للزمان مدخل عرفاً، مثلاً في البلد هرج ومرج وفوضى في تسعه أشهر من السنه، وفي ثلاثه أشهر من السنه يستتب الأمن فيها لمجىء نائب الحاكم مثلاً، والغاصب إنما غضب منه في هذه الثلاثه الأشهر، وإذا دفعه إليه في التسعه الباقيه يسرق منه ويغتصب، فإن الواجب على الغاصب أن يرده عليه في مثل تلك الثلاثه الأشهر، أما إذا دفعه إليه في التسعه الأشهر الباقيه كان غير مؤد عرفاً، والغصب غير مردود في نظر العرف.

ومنه يعلم الحال بالنسبه إلى المكان، كما إذا غضبه منه في المكان في حال الأمن، ثم انقلب المكان إلى فوضى وهرج ومرج واضطراب، فلا يحق له أن يرده في ذلك المكان المعرض للتلف عرفاً، حيث لا يصدق الرد والأداء.

ثم قال المسالك: (وحيث يرضى المالك ببقائه دون المكان الأول ليس للغاصب الزيادة عليه، لأنه تصرف في المغصوب بغير إذن المالك، فلو تجاوز به المأذون فللمالك إلزامه بإعادته، لتعديه في النقل كأصله).

وناقش فيه الجواهر بوجوب الإعاده مع فرض المجىء به إلى بلد الغصب وإن أثم بذلك، لكن الظاهر ما ذكره المسالك، لأنه يكون غضباً جديداً بعد رضى المالك ببقائه دون المكان الأول، فهو كما إذا غضب منه في ذلك المكان الجديد، فليس الأمر مجرد الإثم وإنما إثم وضمنان.

نعم الظاهر أنه إذا كان محذور للغاصب في التسليم في المكان الذي

اغتصب منه، جاز له أن يرجعه إليه في مكان آخر، مثلاً إنه غصبه منه في بغداد ثم إنه طلب من قبل الدولة في بغداد، حيث إنه إذا تواجد في بغداد أخذته الدولة وقتلته، وهو الآن في كربلاء ولا يتمكن من إيصاله إليه في بغداد، فإنه يخبر المالك أنه مستعد للتسليم إليه أو إلى وكيله في كربلاء.

وإذا قال المالك في المثال المذكور: سلمني في النجف لا في كربلاء، فهل له ذلك أو لا، الظاهر التفصيل بين ما لو كان مؤنه النقل إلى النجف بقدر مؤنه النقل إلى بغداد أو أقل فالواجب إطاعه المالك، أما إذا كانت المؤنه أكثر فلا.

أما الأول: فلأنه المفهوم من «المردود» و«تؤدى» ونحوهما، حيث إن العرف يرى أنه بدل، فهو من قبيل الانتقال إلى المثل بعد تعذر العين.

وأما الثاني: فلأصالة عدم شيء زائد على الغاصب، خصوصاً إذا كان فاحشاً.

ثم اللازم تعميم مكان الغصب إلى البلد كما ذكره، وإلى الموضع من البلد في البلاد الكبار مثلاً لو حده الدليل فيهما، فإذا غصب منه في بلد مسافته عشرة فراسخ في الطرف الجنوبي من البلد مثلاً، لا يحق له أن يسلمه إليه في الطرف الشمالي منه، لأنه خلاف «الغصب مردود» و«تؤدى» ونحوهما.

ثم قال في الشرائع: (ولو طلب المالك الأجره عن إعادته لم يلزم الغاصب لأن الحق هو النقل)، وهو كما ذكره، وقرره عليه الشارحان وغيرهما، كما أنه لو أراد الغاصب إعطاؤه الأجره على النقل لم يلزم على المالك قبولها، إذ الحق هو النقل.

ثم إنه قد تقدم في بعض المباحث هنا، وفي بعض الكتب الاقتصادية، أنه إذا كان في بلد تضخم وفي بلد تنزل أو تساو، فمقتضى القاعده لزوم الإعطاء

بقدر التعديل لا بالقدر الذى اغتصب منه، مثلاً غصب منه ألف تومان فى الكويت وذلك يساوى اقتصادياً فى إيران على النصف أو على الضعف مثلاً، فإن الواجب على الغاصب أن يرده إليه فى إيران معدلاً، لا ألف تومان، وإنما ألفى تومان أو خمسمائه تومان، لما ذكرناه من أن الموازين الاقتصادية تجعل الأعواض بدل الأعواض، وإنما النقود واسطه فقط.

ثم إنه إذا غصب من الأب، وأراد أن يرد إلى الابن الوارث له، فإذا رضى الابن بغير البلد حق له ذلك وإن لم يكن يرضى الأب بغير البلد، إذ الحق انتقل إلى الورثة، فهو تابع لنظرهم.

أما لو انعكس بأن رضى الأب فى غير البلد، ولما مات لم يرض الابن إلا فى البلد، فالظاهر أنه يلزم اتباع رضى الابن، إلا إذا كان الأب قد أسقط حقه من الإعطاء فى البلد، فإنه لا حق له حينئذ حتى ينتقل إلى وارثه، ففرق بين رضى الأب بالإعطاء فى غير البلد وبين إسقاط حقه، فإن الرضى غير الإبراء والإسقاط.

ولذا لو قال الدائن: إنى أرضى أن لا تعطى دينى، لم يكن إسقاطاً، أما إذا قال: قد أبرأتك وأسقطت عنك دينى، فإنه إبراء وإسقاط، فلا حق له فى الرجوع عن إبرائه، بينما له الحق فى الرجوع عن رضاه.

ثم حيث عرفت أن مقتضى القاعده هو الرد، حسب ما يستفاد من «مردود» و«تؤدى»، فلو اغتصب منه فى بريه حين سفرهما مثلاً، ثم رجع إلى البلد، لم يحق للغاصب أن يقول: إنى أرجع إليك المال فى تلك البريه القفراء، كما أنه لا يحق للمالك أن يلزم الغاصب بذلك، لأنه خلاف المتفاهم من «المردود» و«تؤدى» ونحوهما.

ومنه يعلم وجه النظر فى إطلاق الشرائع، حيث قال: (ولو رضى المالك به هناك لم يكن للغاصب قهره على الإعادة).

وعلق عليه الجواهر بقوله: (قطعاً)، إذ إنما لا يكون للغاصب القهر إذا كانت الإعادة والرد صادقين فى هناك عرفاً، أما إذا لم يصدقا فللغاصب القهر على الإعادة، مثلاً- غصب منه فى المدينة وكلاهما يوجدان الآن فى صحراء، فيقول المالك: أعطنى الغصب هنا، ويقول الغاصب: بل أردته عليك فى المدينة، فإن الحق مع الغاصب لا مع المالك.

ومن ذلك يظهر حال قهر المالك الغاصب على الرد فى غير بلد الغصب، وأنه قد يكون له القهر وقد لا يكون له القهر، حسب الموازين العرفية فى الفهم من «مردود» و«تؤدى» ونحوهما.

ثم إن المحكى عن التذكرة: إنه لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً من موضع إلى موضع آخر بالقهر، فإن لم يكن له غرض فى الرجوع إلى الموضع الأول فلا شىء عليه، وإن كان فاحتاج إلى مؤنه فهى على الناقل على إشكال.

وفى المسالك: (ولا فرق فى هذا الحكم بين كون المغصوب مالاً صامتاً أو ناطقاً، وفى معناه ما لو نقل حراً صغيراً أو كبيراً بالقهر من موضع إلى موضع، واحتاج عوده إلى مؤنه فهو على الناقل للتعدى، ولو لم يكن للمنقول غرض فى الرجوع إلى الموضع الأول فلا شىء عليه).

وعلق على ذلك الجواهر بقوله: (ضروره عدم دليل على ذلك بعد ما ذكرناه من عدم الضمان بقاعده «لا ضرر ولا ضرار» ونحوهما) انتهى.

ولا يخفى ما فى قياس الصغير على الكبير، بأن الصغير لا ولاية له على نفسه حتى يكون الحكم تابعا لإرادته، وإنما الولاية للكبير الذى هو وليه، سواء

كان كالأب والجد، أو القيم والوصى والحاكم وأمينه.

وكذلك الحال في مثل الزوجه، فلو نقل الزوجه من النجف إلى كربلاء وأرادت الزوجه البقاء ولم يرض زوجها، فالواجب على الغاصب ردها إلى مكانها الأول، وهكذا الحال في المجنون والمعتوه ونحوهما.

أما في الكبير العاقل الذي اختياره بيده، فالأمر كما ذكره، إذ مقتضى «الناس مسلطون على أنفسهم»^(١) أنه لا حق لغيرهم في جبرهم على شيء، إلا إذا كان الأمر مخطوراً، فاللازم الجبر حسب النهي عن المنكر، كما إذا نقل كبيراً إلى بريه مخطوره، والكبير المغضوب لا يتصور الخطر، فاللازم على هذا الإنسان الناقل أن يرده إلى محل الأمن، وإن لم يرض به الكبير على موازين الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، وحفظ النفس المحترمه وغير ذلك، والله سبحانه العالم.

ثم إنه لما عرفت من عرفيه «الغضب مردود» ونحوه، فإذا غضب منه مثلاً عقاباً في قفص لا يحق له أن يرده عليه بلا قفص، حيث يطير ولا يتمكن من حفظه، فلو أعطاه بدون قفص وطار كان ضامناً.

ص: ٤٢٤

(الأولى):

قال فى القواعد: وإذا كسرت آلات الملاهى فلا ضمان، فإن أحرقت ضمن قيمه الرضاض.

وقال فى مفتاح الكرامه: هو قضيه كلام المبسوط وصريح التذكره وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفايه، وفى الأخير نسبته إلى قطع الأصحاب، وما فى الكتاب هو معنى قوله فى التذكره: من أحرقتها فعليه قيمتها فى حد المشروع.

أقول: أما الحكم الأول فقد تقدم، وأما الضمان ففي إطلاقه نظر، إذ لا دليل على الضمان بعد كون ظاهر الأخبار عدم الضمان، حيث إن الإحراق والإتلاف والكسر ونحوها كلها من أقسام النهى عن المنكر، ولذا أتلف رسول الله (صلى الله عليه وآله) أصنام الكفار مع أن رضاضها لا شك فى قيمتها(١).

وبذلك يظهر وجه النظر فى المحكى عن جامع المقاصد فى وجه ذلك

ص: ٤٢٥

بأن الرضاض وهو الذى يبقى بعد الكسر محترم، ومعناه أنه مملوك، والمملوك إذا أتلفه متلف كان ضامناً، إذ لا دليل على ذلك بعد ظهور الروايات فى العدم.

ويؤيده إحراق رسول الله (صلى الله عليه وآله) مسجد ضرار(١)، وبعض الروايات المتقدمه هنا، والمفصله فى باب المكاسب. ومنه يعلم وجه النظر فى قول القواعد بعد ذلك: وكذا الصليب والصنم، وحكى أيضاً عن التذكرة وفى الكفايه أنه قطع به الأصحاب.

ولذا أشكل عليه مفتاح الكرامه بأنه (قد تقدم فى باب المكاسب، أن آلات اللهو لا تعد مالملاً، وأنها غير مملوكه فى ظاهر كلام الجماعه، وقد استدللنا لهم بالخبر والقاعده، وقولهم بعدم ضمان المتلف لها قيمتها وغير ذلك، والأمر فى الصلبان والأصنام واضح، ولا قائل بالفرق على الظاهر)(٢) انتهى.

وكذلك فعل أمير المؤمنين (عليه السلام) ببعض البيوت، كما ذكر فى التاريخ حيث أحرقتها.

(الثانيه):

قال فى القواعد: (وتضمن منفعه كلب الصيد وما صاده به للغاصب).

وقال فى مفتاح الكرامه: (أما أن منفعه كلب الصيد مضمونه، فلأنه حيوان مملوك يجوز اقتناؤه، وله منفعه تستأجر، وله قيمه فى نظر الشارع، فيدخل تحت إجماع الخلاف والسرائر وإجماع التذكرة، وكذا غيره من الكلاب التى يجوز اقتناؤها والفهد والبارى وباقي جوارح الصيد) انتهى.

أقول: ذكرنا فى باب الديات أن الكلب محترم، وأن له قيمه لا اليه

ص: ٤٢٦

١- البحار: ج ٢١ ص ٢٤٣

٢- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ١٥٥ ط الحديثه

على ما ذكره جماعه من الفقهاء، ولا فرق في ذلك بين الانتفاع بكلب الصيد حين غضبه، أو عدم الانتفاع به إذا فاتت المنفعه تحت يده، لأنه كسائر الأشياء ذات المنفعه، حيث الضمان كما تقدم، وكذا الحال في باقى ما ذكره من الفهد والبازى ونحوها، حيث إن لها قيماً، وكون ذبائحها محرمة لا تنافى قيمتها وقيمه عملها.

ثم قال مفتاح الكرامه: (وأما أن ما صاده للغاصب فهو خيره التذكرة وجامع المقاصد، لأن الغاصب هو الصائد، والكلب آله فى الصيد كالسهم والقوس والشبكه إذا غضب شيئاً منها واصطاد به، فأشبهه ما لو ذبح بسكين غيره) انتهى.
ومراده من أشبه الملاك لا القياس كما هو واضح.

ومن ذلك ظهر وجه النظر فى احتمال أن يكون الصيد للمالك، كما عن الشافعى قياساً بصيد العبد واكتسابه، لأنه من كسب مال صاحب الجوارح فأشبهه صيد العبد وكسبه.

ثم إنه إذا أعطى جارحه لغيره ليصيده به على مقرر بينهما أزيد أو أقل من الأجره، كان ذلك له لمقتضى المعامله.
(الثالثه):

قال فى القواعد: (ولو اتخذ من السمسم الشيرج، تخير بين المطالبه بالسمسم والشيرج، والكسب والأرش إن نقصت قيمته، أو بالشيرج والناقص من السمسم) انتهى.

أقول: أما مطالبته بالسمسم، فلأنه عينه التى أتلّفها الغاصب فله استرجاعها، وكثير من الناس لا يريدون الشيرج، فلا وجه لإلزام المالك بأخذ الشيرج مع التفاوت، وكذلك لو جعل الحليب لبناً أو أقطاً أو دهنًا أو زبدًا أو ما أشبهه، وأما حق مطالبته بالشيرج والكسب فوجهه أنه ماله وإن تغيرت صورته وصفاته.

وكذا الحال فيما ذكرناه، أو فى حنطته إذا طحنها وجعلها خبزاً، أو فى

طينه إذا جعله سفالاً، إلى غير ذلك من الأمثلة.

وأما المطالبة بالشيرج والناقص من السمس، فقد قال في مفتاح الكرامه: (ظاهره أنه يطالبه بالشيرج والناقص من نفس السمس، فيأخذ مثل ما نقص بأن ينسب الشيرج إلى عين السمس).

وفي جامع المقاصد: (إنه بعيد، ولا يكاد يتحصل له معنى، لأنه لا يعرف نسبه الشيرج إلى عين السمس، ثم استظهر أن المراد الناقص من قيمه السمس، قال: ووجهه أن الكسب أقرب إلى التلف، لأنه ثقل الشيرج) (١)، وقال: (ما ذكره المصنف في هذه المسألة لا يستقيم، لأنه إن بقي المال بعد تغير صورته وصفاته على ملك المالك لم يكن له اختيار في المطالبة بالبدل، وإن خرج بالفعل المذكور لم يكن له أخذه باختياره، هذا مع أن تصرف الغاصب لا يخرج العين عن ملك المالك بأي وجه كان على الأصح، فلا وجه لما ذكره هنا فينبغي التثبت في تأمله إلى أن يظهر الصواب) (٢) انتهى ما في جامع المقاصد.

أقول: لعل وجه ما ذكره العلامة أن الشيرج هو السمس، فإذا كان السمس مثلاً مثناً، وكان الشيرج نصف من وعد الكسب تلفاً، كان له أخذ التفاوت، والنسبه معلومه عرفاً، فإذا كانت قيمه الشيرج مثلاً نصف قيمه السمس، وحجم الشيرج أيضاً نصف حجم السمس، بقي على الغاصب النصف الآخر، وعلى هذه النسبه، وحيث إنه عرفي في مقابل الأمرين الآخرين فلا بأس به، لشمول قوله: «الغصب مردود»، و«لا يتوى»، و«على اليد ما أخذت» لمثله.

وقد ذكرنا في أوائل الكتاب أن الأمر في رد المغصوب عرفي، فكلما حكم به العرف كان محكوماً بحكم الشرع بوجوب الرد.

ص: ٤٢٨

١- جامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٦٠

٢- جامع المقاصد: ج ٦ ص ٢٦٠

ثم إنه إذا أعطى الدجاج المغصوب أكلاً- حتى باض، فالظاهر أنه مشترك بينهما، لأنه من سعى هذا ومال ذاك، كما أنه إذا أعطى الشجره المغصوبه ماءً حتى أثمرت، يكون الثمر مشتركاً بينهما على ما ذكرناه في بعض المسائل السابقه، إلى غير ذلك من الأمثله.

(الرابعه):

قال في مفتاح الكرامه: (ولو تعذر المثل إلا- بالأ-كثر من ثمن مثله، ففي وجوب الشراء نظر، كما قال في التذكرة، والأقرب الوجوب، كما في التحرير والإيضاح والدروس وجامع المقاصد لصدق القدره على المثل، لأنه كالعين وردها واجب وإن لزم في مؤنته أضعاف قيمته والغاصب مؤاخذ بالأشق).

أقول: ويمكن التفصيل بين ما إذا كان الأكثر عرفاً مثل الشيء السابق بسبب تضخم ونحوه، فالواجب عليه وجوب الشراء، وبين ما إذا لم يكن كذلك بأن تضخم بسبب حرب ونحوه مثلاً، مما لا يعد عرفاً أنه رده فلا يجب، إذ العرف يرون المثليه من ناحيتين، المثل حجماً وقيمه، لا من ناحيه إحداهما فقط، وفي مثله يشك في شمول «الغصب مردود» ونحوه له.

نعم إذا كانت العين موجوده ولو تضاعفت قيمه مئات المرات، وجب عليه الرد، لأنه حجم مال المالك وقيمه.

والحاصل: يلزم أن يصدق عرفاً «الغصب مردود»، و«على اليد ما أخذت»، و«لا يتوى»، وما أشبه.

وبذلك ظهر أنه لا- استقامه للوجه الآخر مطلقاً، حيث علله في مفتاح الكرامه (بأن الموجود بأكثر من ثمن المثل كالمعدوم، كالرقبه في الكفاره والهدى، وأنه يمكن معانده البائع وطلب أضعاف قيمه المثل، وهو ضرر

ص: ٤٢٩

وضمنان لأكثر من قيمه، إذ لا فرق بين أخذ المالك لها أى للزيادة وأخذ البائع، وأنه لو خاف اللص على الزائد لم يجب المثل فكيف نوجب هنا، وفرق بينهما بافتراق العوض والثواب)، إلى آخر كلامه.

(الخامسه):

قال فى القواعد: (لو بنى الأرض بتراب منها وآلات المغصوب منه، لزمه أجره الأرض مبنيه).

وقال فى مفتاح الكرامه: (كما فى التحرير وجامع المقاصد، ووجهه ظاهر لأن الصفه الحادثه بالبناء للمالك، إذ هى زياده فى ماله، وإن كانت بسبب الغاصب كالسمن وصياغه النقره).

أقول: قد تقدم أنه لا- وجه لمثل ذلك، حيث إن للغاصب سعيه، فقوله: إذ هى زياده فى ماله وإن كانت بسبب الغاصب غير مستقيم، بل اللازم أن تلاحظ الأجره بالنسبه، ويكون الغاصب ضامناً بنسبه ملك المالك لا مطلقاً.

ثم قال القواعد: ولو كانت الآلات للغاصب لزمه أجره الأرض خراباً.

وقال فى مفتاح الكرامه: كما فى التحرير، لأن البناء ملك للغاصب وإن كان عدواناً.

وفيهما معاً نظر، إذ يلزم النسبه هنا أيضاً.

ولذا قال فى محكى جامع المقاصد: على ما تقرر من أن زياده الصفه فى ملك المالك بفعل الغاصب للمالك، يجب أن يكون للمالك حصته من أجره المجموع بعد التقسيط على الأرض والبناء، لأن الهيئه الاجتماعيه تقتضى زياده انتفاع بالأرض فتزيد أجرتها بذلك، وقد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت قيمه أن الزيادة تقسط عليهما، وهو منبه على ما ذكرناه هنا.

ثم قال مفتاح الكرامه: (وهو كما ذكره جامع المقاصد، كما إذا وضع

سرجاً على الدابه فزادت أجرتها) انتهى.

أقول: الكلام كما ذكرناه، وإن كان تسليم جامع المقاصد لما أفتى به من قوله: (إن زياده الصفه فى ملك المالك بفعل الغاصب للمالك)، غير ظاهر الوجه كما تقدم، بل إن الحكم كذلك وإن لم نقل بأن زياده الصفه فى ملك المالك بفعل الغاصب للمالك، وذلك لأن الزياده عرفاً موزعه عليهما لا لأحدهما فقط.

فهو مثل ما إذا سرق إنسان مصراع باب من زيد، ومصراعاً آخر من عمرو وباعهما بزياده، كما إذا كان كل مصراع ديناراً فباعهما بثلاثه دنائير للحاله الاجتماعيه، حيث إن الزياده تكون موزعه عليهما، فيما إذا لم نقل بأن الزياده للسارق، حيث إنه سعيه وعمله كلاً- أو بعضاً، وإن كان الظاهر أن بعض الزياده له لا الكل، لأن الزياده حاصله من العمل ومن المصراعين لا من العمل فقط، حتى يقال إن للسارق سعيه.

ثم قال القواعد: (ولو غصب داراً فنقضها، فعليه الأرش وأجره الدار إلى حين نقضها، وأجرتها مهدومه من حين نقضها إلى حين ردها).

وقال مفتاح الكرامه: كما فى التحرير، لأن النقص أخرجها عن كونها مبنيه، وقد عدم ما نقض منها وضممنه بالأرش، فلم يبق له منفعه ليضمن أجرتها.

وتردد فى التذكره فى لزوم أجره مثلها إلى حين الرد، أو إلى حين النقص.

وقال فى جامع المقاصد: (يشكل بأن العين إذا تلفت يضمن بدلها لا أجره منفعتها، كالعبد إذا مات، ويمكن الفرق بأن العبد إذا مات لا أمد ينقطع عنده

ضمان أجرته بخلاف هدم الدار، لأن الأمد ردها على مالکها مهدومه) انتهى.

أقول يمكن القول بلزوم تحمل الضرر وإن كان أكثر من الأرش، كما إذا كانت الدار تسوى مائه والبناء تسعون والأرض عشرة، لكن الدار إذا كانت قائمه كان المالك يؤجرها للزائرین فی مثل كربلاء والنجف بمائه فی أيام عرفه والغدير، فإنه عرفاً هو الذى سبب الضرر، فيلزم عليه رد الأرض والمائه لا والتسعين، فاللازم ملاحظه أكثر الأمرين من الأرش والضرر، لأنه مشمول لمثل «لا ضرر»^(١) و«لا يتوى»^(٢)، وإن لم يشمل مثل «الغصب مردود»^(٣) و«على اليد»^(٤)، إذ لا تلازم بين الشمولين.

ومن ذلك يعلم الحكم فيما ذكره القواعد بعد ذلك بقوله: (وكذا لو بناها بآلته، أما لو بناها بآلتها فعليه أجرتها عرصه من حين النقض إلى حين البناء، وأجرتها داراً قبل ذلك وبعده) انتهى.

ثم إنه لو بناها بالأحسن أو بالأسوأ فالظاهر أن الحكم كما إذا خلط مال المالك بماله الأردأ أو الأحسن، وقد تقدم حكم ذلك. وكذلك الحال لو غير البناء، بأن هدمها داراً وبناها حانوتاً أو رحى أو معملاً أو ما أشبهه.

ص: ٤٣٢

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ الباب ١٢ من إحياء الموات ح ٣

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٤٩٩ الباب ٤٦ من نواذر الشهادات ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٠٩ الباب ١ من كتاب الغصب ح ٣

٤- المستدرک: ج ٣ ص ٥٠٤ الباب ١ من كتاب العاریه ح ١٢

ومما تقدم يعلم الحال فيما إذا نقض الكتاب ثم جلده تجليداً مساوياً أو أحسن أو أسوء، وكذلك الحال في سائر الأشياء التي هي من قبيلهما.

(السادسه):

قال في القواعد: (ولا يجوز لغير الغاصب رعى الكلاء النابت في الأرض المغصوبه، ولا الدفن فيها).

وفى مفتاح الكرامه: (ولا غيرهما من التصرفات كالوضوء والصلاه، وإن فرض استفاده جوازه من شاهد حال الأرض، لأن شاهد الحال هنا ضعيف لا يعول عليه، لأن الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا، هذا في غير الغاصب، وأما فيه فبالأولى) انتهى.

أقول: إن لم يعلم عدم رضى المالك فى مثل الأراضى الوسيعة والأنهار الكبيره، فالظاهر استصحاب الرضى والإذن بشاهد الحال، فقله: (لأن الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا) غير ظاهر.

نعم لعل الأمر كذلك بالنسبه إلى الغاصب بنفسه، سواء باشر ذلك أو سبب، كأن كان ولده أو زوجته أو عبده أو ما أشبه هو الذى يرضى، وقد تقدم الكلام حول الصحارى الكبيره والأنهر الوسيعة فى كتاب الصلاه فراجع.

وقد ذكرنا فى باب الدفن أنه لو دفن الميت فى الأرض المغصوبه وجب النباش والإخراج.

ثم قال القواعد: (ولو وهب الغاصب فأتلفه المتهب رجع المالك على أيهما شاء، فإن رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الغاصب بقيمه

ص: ٤٣٣

العين والأجره) انتهى.

ومقتضى القاعده الرجوع، لأنه مغرور فيهما، فـ «يرجع إلى من غر»^(١)، لكن عن الإيضاح أيضاً كوالده عدم الترجيح.

ص: ٤٣٤

١- المستدرک: ج ٢ ص ٦٠٣ الباب ١ من کتاب عقد النکاح ح ٦

ذكرها المحقق القمي في (جامع الشتات) غالباً:

(الأولى):

لو وضع أخشاباً في دار غيره بدون إذنه، فمرت دابه صاحب الدار ووقعت تلك الأخشاب على الدابه، فانكسرت يدها وماتت بذلك السبب.

قال المحقق القمي: الموافق لقواعد الفقهاء الضمان، لأنه وضع تلك الأخشاب في الدار عدواناً وبدون الإذن، فالضمان يتوجه إليه.

لكن مقتضى القاعده التفصيل، بأنه إن عد الغاصب سبباً كان ضامناً، وإلا لم يضمن، فقد يضع الأخشاب بحيث تكون مشرفه على السقوط، كالميزاب الذي يضعه في دار نفسه عارياً فيسقط ويوجب العطب، وحينئذ لا فرق بين أن يكون موضع الأخشاب الطريق العام أو دار نفسه أو دار المغصوب منه.

وأما إذا لم تكن الأخشاب معرضاً للسقوط، وإنما مر الحمار بعنايه من صاحبه من قرب الأخشاب، ولم يكن اللازم أن يمر من هناك، وإنما كان من تفريط صاحب الدار، فإن مقتضى القاعده عدم الضمان، لأن السبب هو صاحب الدار لا واضع الأخشاب، فالمسأله من جزئيات أقواله السبب على المباشر أو بالعكس.

وكذلك الحال فيما إذا غضب دار زيد وحفر بئراً أو بالوعة في وسط الدار، وسقط فيها صاحب الدار، فإنه قد يكون الغاصب السبب، وقد يكون صاحب الدار هو الأقوى، كما إذا غمض عينيه على خلاف المتعارف ودخل الدار، فإنه يقال له: لما ذا غمضت عينك.

ومثله الحال فيما إذا سقط حائط الدار المغصوبه على الحمار فمات، حيث قد يكون الأقوائيه من صاحب الحمار، لأنه جاء بحماره ومر من قرب الحائط المشرف على الانهدام وهو يرى ذلك ويعرف، أو كان الحائط والدار في بريه، ولم يكن قرب الدار طريق، وإنما جاء صاحب الحمار على غير الطريق، وقد لا يكون كذلك، وكونه عدواناً في غضبه لا يستلزم كونه ضامناً.

(الثانيه):

إنه لو غضبه في بلد وطلبه في آخر.

قال العلامة في محكى التحرير: لزمه دفعه إليه، سواء كان في حمله مؤنه أو لم تكن.

وقرره على ذلك المحقق القمى وأضاف: إنه لو كان الشىء قيمياً لزم عليه دفع القيمه حسب بلد المطالبه، وإن كانت أعلى في بلد المطالبه من بلد الغصب.

وكان وجه إطلاق وجوب رد الغصب فوراً ففوراً، فلا- وجه لتأخير الرد مثلاً أو قيمه إلى البلد الأول، وحيث إن القيمى في بلد المطالبه قيمته أعلى كان اللازم دفع الأعلى، لأنه قيمه المغصوب في بلد المطالبه، وفي كلا- الأمرين نظر، إذ ظاهر «الغصب مردود» بجميع خصوصيات الغصب.

ومن جمله الخصوصيات بلد الغصب لا- بلد المطالبه، فلو غضب منه حنطه في كربلاء مثلاً، والقيمه عشره، ثم ذهب إلى الحج وطالب الحنطه هناك والقيمه

ص: ٤٣٦

عشرون، لم يكن رده للحنطه أو قيمه هناك بقدر دلالة «الغصب كله مردود»⁽¹⁾، بل رد للغصب وزياده، ولا يلزمه الزيادة بمقتضى «الغصب كله مردود»، بل مثل «لا ضرر» ونحوه يشمل صورته كون قيمه أعلى في بلد المطالبه.

نعم لو طالبه في بلد تكون قيمه أرخص ودفع إليه، كان إبراءً له من الزائد وتنازلاً للمغصوب منه عن حقه، فلا مانع من ذلك، كما أنه لو دفعه الغاصب في البلد الأعلى كان تنازلاً منه للزائد، ولا مانع عن ذلك، أما وجوب الفوريه في رد المغصوب فهو محكوم بدليل «لا ضرر» في صورته الزيادة قيمه، سواء أراد رد العين أو قيمه، وقد تقدم مسأله شرائط الزمان والمكان في رد الغصب.

نعم إذا تمكن من الدفع بسبب التليفون مثلاً في بلد الغصب إلى وكيل المغصوب منه، ولم يكن حرج ونحوه على الغاصب، وطلبه منه في بلد آخر، وجب عليه الدفع لوجوب فوريه رد الغصب.

كما أنه إذا أراد الغاصب رد الغصب في بلد آخر إلى مالكة، وامتنع المالك بدون نقص قيمه وبدون محذور على المالك، كان للغاصب مراجعه الحاكم بإجباره على القبول.

أما إذا كان نقص قيمه في بلد يريد الغاصب إعطاءه له، أو كان محذور على المالك، مثل أنه لا يتمكن مثلاً إلا بمؤنه في نقل المغصوب إلى البلد الأول، أو ما أشبه ذلك، فليس للغاصب الجبر.

(الثلاثه):

لو قال إنسان لطفل: أحفر بئراً أو ما أشبهه، فحفر الطفل فسقط الحائط عليه ومات أو عطب، فالظاهر أنه إن كان خطراً كان ضامناً، وإن لم يكن خطراً لم يكن ضامناً، سواء علم الأمر بالخطر أو لم يعلم.

ص: ٤٣٧

أما الضمان مع الخطر فلأنه هو السبب عرفاً، وعلمه وجهله لا مدخله له في صدق المسبب وعدم صدقه، وأما مع عدم الخطر فلا يعد ذلك سبباً.

ولا- يفرق في الحكم بين أن يكون الأمر أجنبياً أو ولياً، فالأب الذي يرسل طفله إلى المدرسة في حال كون الطريق مخطوراً يكون ضامناً، والأجنبي الذي يرسل الطفل إلى السوق ليشتري البضاعة له ولم يكن الطريق مخطوراً، وإنما حدث العطب أو قتل اتفاقاً، لا يكون ضامناً.

أما الضمان في الأول عليهما، فلأنهما السبب عرفاً، وأما عدم الضمان في الثاني عليه، فلأنه ليس بسبب عرفاً، ولا يصدق عليه أنه قتله.

أما إذا أرسل إنساناً كبيراً إلى محل مخطور، فإن كان المرسل جاهلاً بالخطر، كان الضمان على الأمر لأنه غره، والمغرور يرجع إلى من غره، وإن كان عالماً لم يكن ضامناً، لأنه لا غرور ولا سببه.

ومن ذلك يظهر حال العامل الذي يصعد فوق العريش لبنى السقف ونحوه، فإنه إذا كان العريش خطراً وكان العامل جاهلاً كان الأمر ضامناً، بخلاف ما إذا لم يكن العريش خطراً، وإنما حدثت مثلاً زلزله سببت سقوط العامل وعطبه، أو كان خطراً ولكن كان العامل أيضاً عالماً بالخطر، فإن الأمر ليس بضامن في هاتين الصورتين للأصل وغيره.

وبذلك يظهر وجه النظر في قول المحقق القمي، حيث قسم المسألة إلى أربع صور:

صوره إجبار الأمر، فيضمن مطلقاً.

وصوره عدم إجباره مع جهل الطفل بالخطر وعلم الأمر، فالضمان أيضاً.

وصوره علم الطفل والامر معاً، مع كون الطفل قادراً عن التحرز عن الخطر، فلا ضمان، ومع كون الطفل ليس بقادر فالصلح، قال: وإن كان مقتضى فتوى أكثر العلماء فى هذه الصورة الأخيره عدم الضمان.

ومواضع النظر فى كلامه (رحمه الله) يظهر مما تقدم.

(الرابعه):

إذا غصب ماء غيره وأشربه بستانه مثلاً، فاللزام عليه أن يرده عليه مثلاً بمثل، لأنه مثلى عرفاً، وإذا أراد الرد عليه فاللزام ملاحظه القيمه لا ملاحظه الحجم، فإذا غصب منه الماء فى أيام الصيف وكل كر بدرهم وأراد رده عليه فى أيام الشتاء وكل كر بنصف درهم يجب عليه أن يرد مقابل الكر كرين، وإذا انعكس فبالعكس، لما تقدم من أن الاعتبار فى هذه الأمور مع اختلاف القيمه زماناً أو مكاناً ملاحظه الروح لا ملاحظه الجسم، فإن مع ملاحظه الروح يصدق أن «الغصب مردود» ونحو ذلك.

وبذلك يظهر وجه النظر فى كلا كلامى المحقق القمى حيث:

أولاً: جعل الماء قيمياً، قال: لأنه لا يمكن تحديده بالكيل والوزن.

وثانياً: جعل القيمه قيمه وقت الغصب، لا- وقت الأداء، وقال: إنه مثل الحنطه إذا غصبها، فاللزام أن يرد فى بلد آخر بقيمه بلد الرد، وإن كانت قيمه بلد الرد أعلى من قيمه بلد الغصب.

إذ يرد عليه أن الماء مثلى، وإن لم يكل ويوزن، لأن الاعتبار بالساعات ونحوها، ولا دليل على أن كل ما لا يكال ولا يوزن قيمى، كما يرد عليه أن الاعتبار بالقيمه وقت الرد، لا بالقيمه وقت الغصب، وقد عرفت الإشكال فى مثاله بالحنطه فى بلد الغصب وبلد الرد فى بعض المسائل السابقه.

ص: ٤٣٩

ومنه يظهر أنه لا وجه لتردد العلامه فى القواعد بين الجسم والروح، بل اللازم اعتبار الروح فيما لا أثر للجسم عرفاً، قال: ولو خرج المثل باختلاف الزمان أو المكان عن التقويم، بأن أتلّف عليه ماءً فى مفازه ثم اجتمع على نهر، أو أتلّف جمداً فى الصيف ثم اجتمع فى الشتاء، احتلّ المثل وقيمه المثل فى تلك المفازه أو الصيف.

ولذا اختار الإيضاح القيمه، حيث قال فى محكى كلامه: (وجه المثل إطلاق النص بوجوب المثل، واختلاف الزمان والمكان اختلاف فى أمور خارجه عن الماهيه وصفاتها، ثم حقق أن المماثله هل هى باعتبار اتحاد الماهيه أو مع التساوى فى المنافع والقيمه، والمتعارف فى الأصول الأول، وباعتبار المالىه الثانى، وهو الأصح، لأن الاعتبار فى المعاملات والضمانات بالقيمه لعدم ملك ما لا قيمه له وعدم ضمانه، فلا تصح معامله عليه، فتكون معتبره فى المماثله من جهه المالىه) انتهى.

وقد ذكرنا فى بعض المسائل السابقه عدم الفرق فى اعتبار المالىه بين أن قلّت المالىه أو سقطت، لأن الدليل والملاك واحد فيهما، إذ الاعتبار عقلائى.

وكما أن العقلاء لا يبذلون المال فى مقابل ما لا مالىه له، كذلك لا يبذلون المال الكثير فى مقابل المال القليل أو بالعكس، من غير فرق عندهم فى ذلك بين البيع والإجاره والغصب وسائر المعاملات، إلا إذا كانت معامله محاباته، وكذلك نقول بها فى الغصب، فإنه إذا اغتصب منه ما قيمته دينار فرد الغاصب ربع دينار وقبله محاباة لا بأس بذلك، وإنما الكلام فى مقتضى الأصل والقاعده.

وبذلك ظهر وجه النظر في اعتبار المثل، ولا- دليل على ذلك إلا- ما ذكره مفتاح الكرامه من إطلاق الإجماع والفتاوى على وجوب المثل في المثلى من دون تفاوت بالزمان والمكان، وفيه نظر، لأن الإجماع والفتاوى منصرفه عن ذلك.

ولذا كان المحكى عن التذكرة والدروس وغيرهما القيمه.

بل عن جامع المقاصد نسبتة إلى الأصحاب وغيرهم، وقال: لا محيد عن مختار الأصحاب وغيرهم.

أما احتمال الفرق بين السقوط عن القيمة والقيمة القليلة، بوجوب القيمة في الأول والمثل في الثاني، بدليل أنه لما خرج عن الماليه بالكليه خرج عن كونه واجباً، فتعين الرجوع إلى قيمة المغصوب، فلو بقى له قيمة وإن قلت فالمثل، كما صرح بذلك جامع المقاصد، فقد عرفت وجه النظر فيه.

ثم إن المحكى عن التذكرة (إنهما لو اجتمعا في مثل تلك المفازة أو في الصيف وقد أخذ القيمة هل يثبت التراد، الأقوى عندي المنع، واستجوده المحقق الثاني بأن المثل ليس هو عين المال، وقد انحصر الحق فيما أخذه) انتهى.

وهذا كما ذكره لما ذكره، إلا إذا كان أخذ القيمة من باب بدل الحيلولة كما ألمعنا إلى ذلك في بعض المسائل السابقه فإن بدل الحيلولة يسقط عن البدليه إذا أمكن الأصل.

ولو انعكس الفرض بأن غصب منه الجمد في الشتاء أو الماء في النهر، ثم ابتعد عن النهر أو صار في الصيف، فإنه لا- حق للمغصوب منه في تطلبهما منه حيث إن المغصوب لا قيمة له، وما لا قيمة له لا يكون على الغاصب مثله،

إلا- في زمان أو مكان يرجع الأمر إلى عدم القيمة أيضاً، لوجود حق الاختصاص فللمغصوب منه الحق في تطلب مثل ذلك الجمد في الشتاء، ومثل ذلك الماء على النهر، إلا أن يكون الأمر غير عقلائي، فلا وجه لحق الاختصاص أيضاً، إذ الحقوق عرفيه قررها الشارع، فإذا لم ير العرف الحق فلا حق شرعاً، ومثل ذلك يقال في قطع الخزف وما أشبهه.

وقد ظهر مما تقدم أنه لو غصب منه الجمد مثلاً في وقت قيمته درهم، وأراد استرجاعه منه في وقت قيمته ربع درهم، فحقه في درهم، والظاهر أن حقه في العين والتتمه مقدماً على القيمة، لأن العين أقرب.

وقد ذكرنا في بعض المسائل السابقه، أنه لو غصب منه ألف تومان في الكويت مثلاً وأراد منه الرد في إيران، وقيمه التومان في إيران ضعف قيمته في الكويت، فالواجب عليه إعطاؤه نصف ذلك، كما أنه لو غصب منه في إيران وأراد منه في الكويت فالواجب عليه إعطاؤه ضعف ما غصبه، وقد ألمعنا في بعض الكتب الاقتصادية إلى أن في المقام أموراً أربعة: المكوس، والتضخم، وخطر التحطم الاقتصادي، وفروق التجاره، وأن ما عدا الأول محلل، بينما الأول محرم.

أما وجه تحريم الأول فهو ما ذكر في الشريعة الإسلاميه، حيث لعن العشارين وجعل لهم عقاباً متزايداً، فإنه عباره عن مال تأخذه الدوله اعتباراً من الناس، لأجل مصارفها التي أملاها عليها الاستبداد والجهل.

بينما فروق التضخم والتنزل قاعده عقلائيه، لأن الاعتبار عند العقلاء بالقوه الشرائيه لا بالحجم.

كما أن خطر التحطم الاقتصادي الموجب لمنع البضاعه دخولاً أو خروجاً من الدوله مقتضى قاعده «لا ضرر»، فإنه كما لا يصح الإضرار

بالأفراد، كذلك لا يصح الإضرار بالمجموع من حيث المجموع، فإن دليل «لا ضرر» شامل لهما.

أما فروق التجاره، فهي وإن كانت بالآخره ترجع إلى التضخم والتنزل، لكن فروق التجاره غالباً تكون بسيطه، بمعنى أن التاجر الذى يجلب المال من بلد إلى بلد، هذا التاجر قد صرف على ذلك المال عمره وماله، فله أن يأخذ شيئاً قبال عمره وماله المصروف فى البلد الذى جلب إليه البضاعه، والغالب أن تكون البضاعه فى البلد المجلوب منه أرخص من البلد المجلوب إليه.

وكذلك الحال فى فروق التجاره فى اختلاف شروط الزمان، بأن يجمد المال فى الشتاء للصيف، أو فى الصيف للشتاء، حيث كثره الطلب فى أحدهما دون الآخر بمقتضى قاعده العرض والطلب، وقد ألمعنا إلى بعض هذه الكلمات بشيء من التفصيل فى كتاب (الفقه: الاقتصاد) وغيره.

(الخامسه):

لو غصب من إنسان شيئاً وباعه، وكانت العين موجوده عند المشتري، فأبرأ المغمصوب منه الغاصب مما له عليه، فالظاهر سقوط حقه عن العين، فلا- حق للمغمصوب منه مطالبه العين من المشتري، سواء كان الغاصب والمغمصوب منه عالمين أو جاهلين أو بالاختلاف، لأن معنى الإبراء أنه لا يريد منه حقه، من غير فرق بين أن يكون الإبراء صادراً من المالك، أو صادراً من ورثته بعده، أو صادراً ممن نقله المالك إليه، مثلاً بعد غصب زيد من عمرو، وبيع زيد لخالد، باع عمرو المال لخويلد، حيث إنه ماله، فأبرأ خويلد الغاصب مما فى ذمته.

وكذلك إذا أبرأ أحد الثلاثة من المالك والوارث والمنتقل إليه المشتري

ص: ٤٤٣

أو المنتقل إليه المال، فكما أنه له الحق في الرجوع إلى أيهما، وإذا رجع إلى أيهما لا- يحق له الرجوع إلى الآخر، كذلك له الحق في إبراء أيهما، وإذا أبرأ أيهما بمعنى إسقاط المال إطلاقاً، لا يكون له الحق في الرجوع إلى الآخر.

كما أن الحكم كذلك إذا مات الغاصب وكان المغصوب منه حياً، فأبرأ الميت عما له عليه.

ومنه ظهر وجه النظر في قول المحقق القمي بعدم صحه إبراء الميت الذي كان غاصباً عن العين، قال: لأن نقل العين إلى الميت لا معنى له.

وفيه: إنه عرفى، وقد قرره الشارع، وليس هذا من نقل العين إلى الميت، بل من إبراء الميت، وفرق بين نقل العين وبين الإبراء عرفاً، والشارع حيث لم يغير العرف فهو مصدق له، بل قد ذكرنا في كتاب الإرث عدم صحه نقل العين إلى الميت أيضاً.

ولذا قرر الفقهاء أن الجد إذا مات ينتقل المال إلى الولد ومن ثم إلى الحفيد مع أن الولد مات قبل الجد، ويكون أثر ذلك أن الحفيد يرث إرث الأب، لا- أن الحفيد يرث إرث نفسه، فولد البنت يرث نصف بنت الولد، وهذا الانتقال إلى الميت ثم إلى الحي اعتبار عقلائي قرره الشارع، كما يفهم من كلام جماعه من الفقهاء.

ومن ذلك يظهر مسأله تعاقب الأيدي على المغصوب، حيث إن المغصوب منه لو أبرأ أحدهم بمعنى إسقاط المال برئ الجميع، وليس حال الغصب حال البيع في تعاقب الأيدي، حيث فيه تفصيل ذكره الشيخ المرتضى في المكاسب، فإن إجازة الوسط يقتضى صحه المتأخر لا المتقدم، والله سبحانه العالم.

(السادسه):

إذا كان زيد يطلب من عمرو مالاً وعمرو ليس بمستعد أن يؤديه إليه فاغتصب الظالم من عمرو شيئاً وباعه بقيمه رخيصه، فالظاهر أن لزيد الطالب أن يشتري ذلك الشيء من باب التقاص، كما أفتى به المحقق القمي.

وكذلك إذا وهبه الغاصب لذي الحق، فإن له القبول من باب التقاص على شرط وجود شرائطه.

من غير فرق في المسألتين بين أن يكون الغاصب عالماً بكونه غاصباً أو جاهلاً بأن تصور أنه حقه، لإطلاق دليل التقاص.

ومنه يعرف حال ما إذا أمر الظالم زيداً بأن يقتل عمرواً وزيد يطلب من عمرو قتلاً، حيث قتل عمرو أباه، فإن له الحق في أن يقتل قاتل أبيه، وإن كان منطلقاً في ذلك من أمر الأمر بالقتل، بل لو قتله وهو لا يعلم أنه يطلبه قتلاً وقع القتل في قبال ذلك القتل قصاصاً، وإن كان متجرباً في القتل.

وكذلك إذا لم يكن متجرباً بأن زعم أنه سب الرسول (صلى الله عليه وآله) مثلاً، فقتله جزاءً لذلك، ثم ظهر أنه لم يكن ساباً، وأنه كان قاتل أبيه، إذ لا دليل في القصاص على لزوم النيه في مثل المقام، بل وكذا لو رمى سهماً بقصد قتل حيوان فقتل قاتل أبيه، فإنه يكون قصاصاً.

(السابعه):

لا يجوز جعل الروشن إلى دار الغير وحنوته ورحاه وما أشبه إذا عد ذلك عدواناً عرفاً.

نعم إذا لم يعد عدواناً عرفاً، كما إذا جعل في أعالي الحائط مما لا يشرف على دار الغير، ولا يدخل منه الأذى إلى داره ومحلّه لم يكن به بأس، وإذا كان الروشن جائزاً أو غير جائز لم يجز أن يجعل مستعمره النحل في الروشن، لأن ذلك يسبب انتشار النحل في داره وأذيته له باللدغ وغيره.

ص: ٤٤٥

أما إذا جعله ثم انتشر النحل في داره وأمكنه أن يطيرها، فإذا لم يكن التطيير موجباً لتلف النحل على صاحبه بأن يذهب ولا يعود، فهو جائز بلا إشكال، وهو مثل أن يخرج دابه الغير من داره إذا دخلتها.

أما إذا سبب ضرراً بأن كان النحل يذهب ولا يعود، فالظاهر لزوم مراجعه الحاكم للحسم لهذا العدوان، وكذلك إذا دخلت دابه الغير دار إنسان وكان في إخراجها تلفاً لها لم يجز الإخراج إلا بمراجعته الحاكم.

لأنه كما لا يجوز له أن يضرر جاره كذلك لا يجوز للجار أن يضره، وإدخال الدابه عدواناً في دار الغير أو النحل لا يجوز تضرير الجار لصاحب الدابه وصاحب النحل لأن (جزاء سيئه سيئه بمثلها) (١)، (فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم) (٢)، وليس إتلاف الدابه والنحل مقابله بالمثل، وإنما هو أكثر.

فإذا أدخل قطيعه مثلاً دار زيد عدواناً، وإذا أخرج المالك قطيعه من دار نفسه سبب تلف الذئب إياه، فهل يمكن أن يقال بجواز ذلك بدون مراجعه الحاكم، وملاحظه الأهم والمهم، فهو مثل أن يقطع إنسان يد إنسان عدواناً فيقتل الإنسان المجنى عليه الإنسان الجاني مثلاً.

والحاكم الشرعي يلاحظ الأهميه والمرجحات الخارجيه، ويحكم على طبق ذلك، وقد تقدم شبه هذه المسأله في إضرار أحد الجارين بالآخر.

ثم إنه إن دخلت الدابه دار الجار، أو النحل داره أو ما أشبهه، لم يجز لصاحب الدابه والنحل أن يدخل الدار التي هي ملك الغير لإخراج دابته ونحله

ص: ٤٤٤

١- سورة الشورى: الآيه ٢٧

٢- سورة البقره: الآيه ١٩٤

بدون إذنه، وإنما اللازم الاستجازه، وإذا لم يجر كان المرجع الحاكم الشرعى أيضاً.

ولو دخل بدون الإذن وكان بدخوله داره الأجر عرفاً، حق له أن يأخذ الأجر منه، كما حق له أن لا يجيز له دخول داره إلا بالأجره.

نعم الظاهر أنه لا حق له فى الأجره الزائده بأن يقول: إنى لا آذن لك فى دخول دارى إلا بأجره مضاعفه، إذ الإجحاف ممنوع شرعاً وعقلاً، كما ذكرناه فى بعض كتبنا الاقتصاديه.

وبذلك يظهر وجوه النظر فى كلام المحقق القمى فى مثل المسأله، حيث أجاز مطلقاً جعل الروشن إلى دار الجار، ونقل عن العلامه فى صلح التذكره جواز إخراج حيوان الغير من الدار إذا لم يسبب الإتلاف، ولو تلفت لم يكن على صاحب الدار غرامه، لأنه لا يلزم على الإنسان حفظ مال غيره فى داره، وظاهره أن اللازم على صاحب الدار إجازته مالك النحل فى دخول داره.

(الثامنه):

هل يصح للمغصوب منه أن يبيع المغصوب الغاصب بقصد التقاص، الظاهر نعم، فإذا قصد البيع حقيقه وقع البيع حقيقه، أما إذا لم يقصد البيع حقيقه يكون تقاصاً، وحينئذ يكون ما أخذه مما ظاهره الثمن بدل حيلوله، لا أنه ملكه.

نعم إذا تصرف الغاصب فى المغصوب والمالك فى الثمن، بأن أتلفا المالىن وقع التهاثر القهرى، لكن إذا كان المغصوب أكثر كان الغاصب ضامناً للأكثرية، كما أن الثمن إذا كان أكثر كان المالك ضامناً له، لأنه لم يكن بيع فى البين.

ص: ٤٤٧

وإلى هذه المسألة أشار المحقق القمي وأفتى بما ذكرناه بدون ذكر الفرع الأخير، أى أكثره أحدهما عن الآخر وحصول التهاثر، ويترتب على مسأله التقاص بعنوان بدل الحيلولة أنه إذا تمكن المالك من ماله لزم عليه إرجاع الثمن وأخذ ماله، لأنه لم يحصل التبادل.

وإذا اختلفا فى أن البيع كان حقيقةً أو تقاصاً، فالمرجع قصد المالك إلا أن يدعى الغاصب عليه قصده البيع حقيقة، فله عليه الحلف إذا لم يقيم الشاهدين على مدعاه.

(التاسعة):

إذا أعطى إنسان مالا مغصوباً بيد غيره ضمن ذلك الغير الآخذ سواء علم بالغصب أو لم يعلم، وسواء علم بالغصب بعد رده إلى المعطى أو قبل رده إلى المعطى، كما هو مقتضى «دليل اليد» (١) وغيره، وقد أفتى بذلك المحقق القمي أيضاً.

نعم إذا علم بأنه مال الغير لم يجز له التصرف فيه، ولا- إرجاعه إلى الغاصب، كما هو مقتضى القاعده، ودل عليه أيضاً بعض الروايات الواردة فيمن وضع عنده السراق شيئاً مسروقاً.

فقد روى حفص بن غياث، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل من المسلمين أودعه رجل من اللصوص دراهم أو متاعاً، واللص مسلم، هل يرد عليه، فقال: «لا يرد، فإن أمكنه أن يرده على أصحابه فعل، وإلا كان فى يده بمنزله اللقطة يصيبها فيعرفها حولاً، فإن أصاب صاحبها ردها عليه وإلا تصدق بها، فإن جاء طالبها بعد ذلك خيره بين الأجر والغرم، فإن اختار

ص: ٤٤٨

الأجر فله الأجر، وإن اختار الغرم غرم له، وكان الأجر له» (١١).

ومحل تفصيل الكلام فى هذه المسأله فى كتاب اللقطه.

(العاشره):

لو غصب صغير أو مجنون مالا من إنسان، فإن كان له مال فالواجب على الولي كالأب أو الحاكم إعطاء بدله إن أتلفه وإلا أعطاه بنفسه، لأنه بمقتضى ولايته مكلف بالقيام بشؤونه، وهذا من شؤون القاصر، ويؤيد ذلك ما ذكره فى باب كفارات الحج مما دل عليه الروايات أو عرف منها بالمناط، مثل أنه إذا صاد طيراً وجب على الولي إفلات الطير من يده وهكذا.

وإذا لم يكن له مال، فإن كان الولي سبياً كان عليه، لأن السبب أقوى من المباشر، وكذا إذا كان غير الولي سبياً، إذ لا يفرق فى لزوم الشئ على الأقوى بين كونه ولياً أو غير ولي، وأما إذا لم يكن الولي وغيره سبياً، لم يكن على الولي شئ، وإنما يصبر حتى يبلغ الصبى ويفيق المجنون فيجب عليهما الرد كسائر المديونين.

نعم إذا لم يحصل لهما مال لا يبعد أن يكلف بيت المال بأداء دينهما، لأن بعض بيت المال للغارمين، سواء بقيا أو ماتا، وقد ورد: «إن من ترك مالا فلورثته، ومن ترك ديناً فعلى إمام المسلمين». كما ذكرنا تفصيله فى كتاب الزكاه وغيره.

بل لا يبعد أن يكون على بيت المال أداء دين الصبى والمجنون إذا لم يكن لهما مال، إذ عدم إيصال الدين إلى صاحبه مده طويله إضرار به، فلا ينتظر بلوغ هذا وإفاقه ذلك حتى يكتسبها ويؤديا الدين.

والظاهر أنه لا فرق فى وجوب الأداء على بيت المال بين أن صرف المغصوب المجنون فى الطاعه أو فى المعصيه.

ص: ٤٤٩

أما في الطفل المراهق مثلاً- فهل هو كذلك، أو خاص بما إذا صرفه في الطاعة، لما دل في باب الزكاه من أنه لا يؤدي الإمام الدين المصروف في المعصية، احتمالان، من إطلاق تلك الأدله، ومن تقييدها بما دل على أن عمد الصبي خطأ.

أما إذا لم يكن معصيه على الطفل كلبس الحرير والذهب فلا إشكال، إذ المسأله فيما كان معصيه عليه، كما إذا غضب مال زيد وشرب به الخمر.

قال المحقق القمي: في غضب الطفل مال غيره بأنه إن كان له مال تعلق به، وإن لم يكن له مال تعلق بذمته، وإن هذا لا ينافي عدم التكليف، كما صرحوا بذلك في مواضع متعدده، مثل ما إذا وطأ الطفل حيواناً، حيث يحرم لحمه، وقيمته تعلق بذمه الطفل إلى ما بعد البلوغ إذا لم يكن له مال، وإلا كان في ماله رده عليه ولي الطفل، كما ذكروا أنه يجب على الولي رد البيض والجواز إذا حصلهما الطفل بسبب القمار.

قال: (والرد فوري، فإذا لم يرد الولي ضمن الولي، ولا- منافاه بين ضمان الولي وضمان الطفل، وإذا لم يرد الولي المال وكبر الصغير وجب على الصغير بنفسه الذي كبر أن يرد المال) انتهى.

لكن لنا في مسأله وطى الطفل للحيوان، ومسأله ضمان الولي إذا لم يدفع من مال الصغير نظر، حيث لا نرى شمول دليل الوطى للصغير، كما ذكرنا مثله فيما إذا لاط بصغير آخر، حيث لا يعلم حرمة الأخت والأم والبنت بالنسبه إلى الواطى الصغير، كما أن ظاهر كون الوجوب على الولي أنه تكليفي لا وضعي حتى يقال بضمان الولي إذا لم يدفع، وإنما عدم دفعه معصيه.

ثم إن الصغير الغاصب إذا دفع بنفسه نفس المال المغصوب، فلا شك أنه يجوز للمغصوب منه أخذه، لأنه ماله يأخذه أين وجدته، وأما إذا أراد الدفع من مال نفسه، فالظاهر أنه لا يحق للمغصوب منه أخذ بدله من الصغير، إذ لا حق للصغير في تعيين ما في ذمته في شيء خاص من أمواله، لأنه تصرف هو محجور منه، فاللازم على الغاصب أن يراجع الولي كالأب والجد، ومع عدم التمكن منهما أن يراجع الحاكم في أخذ البدل، وإذا لم يكن الحاكم لم يستبعد أن يأخذه من باب التقاص، لعموم دليل التقاص.

وأما إذا سلب حيوان شيئاً من إنسان، أو كسره وأتلفه، فالظاهر أن صاحب الحيوان إذا لم يكن سبباً لذلك لم يكن عليه ضمان، ومثل صاحب الحيوان في الضمان إذا كان إنسان آخر ليس صاحباً له سبباً، كما إذا شرد زيد دابه عمرو فكسرت شيئاً، وكذلك بالنسبة إلى الراعي ونحوه.

(الحادية عشره):

لو جاء زيد وقال لعمرو: إن خالداً قال: أعرنى سيارتك، فأعطاها فركب الواسطه السياره وأسرع في المشى حتى عطبت، ثم إن خالداً أنكر أنه قال لزيد ذلك، وأنه طلب العاربه، فلا شيء على خالد من الضمان، سواء حصل التعدى في السياره أم لا.

فإن شرط المالك الضمان أو كان تعد من الراكب فلا إشكال في ضمانه، سواء أسرع بالسياره لضروره أو لا لضروره، كما إذا أراد النجاه من عدو أو سبع أو ما أشبهه، إذ مع شرط الضمان حتى في العاربه الصحيحه ضمان، فكيف هنا، وكذلك مع التعدى، والضروره إلى التعدى لا توجب عدم الضمان، لعدم المنافاه في الجمع بين الأمرين، وأمر الشارع بإنجاء نفسه كأمره بأكل مال غيره في المخصصه.

ص: ٤٥١

ومنه يعلم الحال فيما إذا كانت الضرورة نجاه الغير لا نفس المستعير، بل وحتى إذا كان نفس المعير.

وأما إذا لم يكن تعدد، فالظاهر أيضاً الضمان لقاعده اليد ونحوها، ولا يشمل المقام (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده) لأنها ليست عارياً فاسده، بل المالك زاعم أنه عارياً، فهو مثل ما إذا أخذ المستعير مال المالك بزعم أن المالك أعطاه عارياً، ولم يكن المالك أعطى الشيء عارياً، حيث إن التلف يوجب الضمان على الآخذ، ومثله ما إذا أعطى إنسان مال غيره بزعم أنه ماله عارياً، فإن التلف لا يوجب رفع الضمان على المعطى الذى هو ليس بمالك فى الواقع، بزعم أن (ما لا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده) يشمل المقام، إذ ليس ذلك عارياً فاسده.

ومنه يعلم حال ما إذا كان الإسراع بالسياره لأجل نجاه السياره، وأنه أيضاً ضامن، سواء ظهر كذب المستعير أم لا، بأن لا يعلم صدقه أو كذبه، لإطلاق دليل «على اليد». ومنه يعلم أن فتوى المحقق القمى بأنه لا ضمان على المسرع غير ظاهر الوجه.

نعم إذا ظهر صدقه لم يكن عليه شيء، لأن العارياً لا ضمان فيها إذا لم يكن تعدد أو تفريط.

(الثانيه عشره):

لو أجرى نهراً فى أرض موقوفه، فإن لم يكن للمتولى أو البطون ذلك، كان اللازم على المجرى طم الحفر وإرجاع الأرض كما كانت ولا شيء لسعيه، وإن كان للإنسان ما سعى، لأنه سعى حرام، كما إذا سعى فى القيادة والدياته.

ص: ٤٥٢

لا يقال: فكيف قلتم فى السابق أن السعى وإن كان حراماً لكن للسعى نتيجة عمله.

لأنه يقال: ذلك فيما لم يكن نتيجة السعى مبعوضاً للشارع، أما إذا كانت محرمة فلا، كما إذا صنع خشب الغير صنماً أو تمره خمراً، وإن زادت قيمتها السوقية لدى غير المتدينين، والمقام مما نتجته سعيه حرام، لأن «الوقوف حسبما وقفها أهلها».

أما إذا كان لهما ذلك، ولم تزد قيمة الأرض بحفر النهر فلا إشكال أن لهما أمر الحافر بطم الحفر، كما أن لهما الإبقاء ولا شىء للحافر لفرض عدم زياده القيمة.

نعم إذا زادت القيمة، فقد تقدم أن المشهور يقولون إن للمالك إلزام الحافر بطم الحفر فى مسأله حفر البئر، لكننا أشكلنا فى ذلك بأنه إذا زادت القيمة فلا يبعد أن تكون الزيادة للحافر، كما إذا كانت قيمة الأرض مائه فصارت بسبب حفر النهر ألفاً.

وكيف كان، فللحافر أن يستأجر الأرض من المتولى، أو البطن فى الوقف الدرى، وقد أشار إلى بعض ذلك المحقق القمى.

نعم لا- حق فى الا-شراء، لأن الوقف لا- يباع إلا- فى موارد خاصه، والمفروض أن المسأله ليست من تلك الموارد، وإذا أجزها البطن بأكثر من حقه يحق للبطن الثانى إبطال الإجاره وإبقاؤها، لأنها وقعت فضوليه فى حقهم، وهكذا بالنسبه إلى المتولى الثانى.

فصل فى التنازع

وفيه مسائل:

(مسأله ١): قال فى الشرائع: (إذا تلف المغصوب واختلفا فى القيمه، فالقول قول المالك مع يمينه وهو قول الأكثر، وقيل: القول قول الغاصب، وهو أشبه).

قال فى مفتاح الكرامه: إن القول الأول نسبه إلى الأكثر الشرائع والتحرير، وأنه وجد القول المذكور للمقنعه ونهايه الشيخ فقط، ولم يجد لهما ثالثاً بعد فضل التتبع.

أما القول الثانى: فهو خيره الخلاف والمبسوط والسرائر فى موضعين منهما، والشرائع والنافع والتذكره والتحرير والإرشاد والتبصره والمختلف والإيضاح والمقتصر والتنقيح والدروس واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه والرياض، وقد نسبه فى المسالك والكفايه إلى المتأخرين، وفى الرياض إلى عامتهم.

ص: ٤٥٥

أقول: ويظهر من العلامة نوع تردد في الحكم، حيث قال في القواعد:

لو اختلفا في تلف المغصوب قدم قول الغاصب مع يمينه، وكذا لو تنازعا في القيمة على رأى.

والظاهر هو قول المشهور لأصله براءة ذمته باعتبار أنه غارم ومنكر كما في الجواهر، تبعاً لغيره، وتبعه غيره.

واستدل لقول الشيخين بصحيحه أبى ولامد، حيث سأل فمن يعرف ذلك (أى القيمة)، قال (عليه السلام): «أنت وهو، إما أن يحلف هو على القيمة فتلزمك، وإن رد اليمين عليك فحلفت على القيمة لزمك ذلك»^(١).

كما أنه يؤيده الاعتبار بأن المالك أعرف بقيمه ماله من الغاصب، بالإضافة إلى ما ذكره مكرراً من أن الغاصب يؤخذ بأشق الأحوال.

لكن الاعتبار لا دليل عليه، وقد ذكرنا فيما سبق أنه لا دليل على أنه يؤخذ بأشق الأحوال، فليس في المقام إلا الصحيحه، فإن ثبت دلالتها لزم العمل بها مقدماً على الأصل، وكأنه لذا كان المحكى عن الكفايه القول بأنه لا يبعد ترجيحه.

وعن الرياض لولا إطباق متأخرى الأصحاب على العمل بالأصل العام وإطراح الروايه لكان المصير إليها في غايه القوه.

أما لو انعكس بأن ادعى المالك الأقل والغاصب الأكثر، وإنما ادعى الغاصب الأكثر والمالك الأقل، إما لاعتقادهما بذلك، وإما لأنه إذا وافق المالك على أنه الأ-كثر، كان هناك غاصب يأخذ الضريبه مثلاً كما في الحال الحاضر، فإن القول قول المالك للأصل.

وأما بالنسبه إلى الزيادة، فالغاصب يعمل حسب ما يعتقد، فإن كان عالماً

ص: ٤٥٦

بأنها للمالك وجب عليه إيصالها، لأنه ليس معنى قول المالك إنه أقل أن المالك أبرأ الغاصب من الزائد حتى يسقط عما في ذمته، كما أنه كذلك لو كان الأمر في العين، مثلاً غصب منه الحنطه، ولما يريد رده إليه يدعى الغاصب أنه عشره أمان، ويقول المالك: بل تسعه أمان، فإن اللازم على الغاصب إذا اعتقد ما يقوله أن يرد على المالك المنّ الزائد، وإذا لم يمكن الرد سلمه إلى الحاكم الشرعي لأنه ولي الممتنع.

ثم إن الشرائع قال: (أما لو ادعى ما يعلم كذبه فيه، مثل أن يقول: ثمن الجارية حبه أو درهم لم يقبل).

وفي الجواهر: قطعاً للعلم بكذبه.

وقال في القواعد: ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد.

ونقل مفتاح الكرامه هذا القول عن التحرير والإيضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضه، قال: (ولعل ترك هذا القيد في المبسوط وغيره من بقيه الكتب المتقدمه لمكان ظهوره، وفي الكفايه قيل: لا يقبل، فظاهره التوقف وهو في غير محله) انتهى.

وهو كما ذكره السيد العاملي، إذ لا وجه للأصل مع العلم بخلافه، من غير فرق بين أن نعلم كذبه خبيراً أو مخبرياً.

ثم قال مفتاح الكرامه وتبعه الجواهر: وهل يقدم حينئذ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه وحصر دعواه فيما علم انتفاؤه فيلغى قوله بالكليه، أم يطالب بما يكون محتملاً فيقبل منه وهلم جرا، وجهان صريح التحرير الثاني.

قال في جامع المقاصد: لم أجد تصريحاً بأحدهما، وقوى في المسالك

والروضه الثاني اطراداً للقاعده، قال: ولا- يلزم من إلغاء قوله المخصوص لعارض كذبه إلغاء قوله مطلقاً، حيث يوافق الأصل، والأصل يقطع بالخبر الصحيح مع موافقه الاعتبار من وجهين في غير محل الوفاق، فتأمل.

أقول: مقتضى القاعده قبول قوله الثاني والثالث وهكذا، لأنه طبق الأصل، إلا- أن يقال: إن بناء العقلاء في قبول قول ذي اليد والأصل لا يجريان إلا في مورد الوثوق أو الشك.

أما إذا علم بأن هذا الإنسان كذاب، فليس مجرى الأصل، كما لا وثوق من جهه العقلاء، ولعله يؤيد ذلك ما ورد في رجوع الشاهدين بعد شهادتهما بالسرقة، كما ذكرناه في كتاب الشهادات.

فعن محمد بن قيس، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) في رجل شهد عليه رجلان بأنه سرق فقطع يده حتى إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده إنما شبهنا ذلك بهذا، فقضى عليهما أن غرمهما نصف الديه، ولم يجز شهادتهما على الآخر»^(١).

وفي روايه السكوني، عن جعفر، عن أبيه (عليهما السلام): «إن رجلين شهدا على رجل عند علي (عليه السلام) أنه سرق فقطع يده، ثم جاء برجل آخر فقالا: أخطأنا هو هذا، فلم يقبل شهادتهما وغرمهما ديه الأول»^(٢).

وفي روايه الصدوق، عن النبي (صلى الله عليه وآله)، إنه قال: «من شهد عندنا بشهاده ثم غير أخذناه بالأولى وتركنا الأخرى»^(٣).

ص: ٤٥٨

١- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ١

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٣ الباب ١٤ من أبواب الشهادات ح ٤

ثم إنه بعد ظهور كذبه لو لم يقل شيئاً، ولم يعين قيمه وبقي المالك على ادعائه، كان الحال كما إذا ادعى المالك قيمه ولم يقل الطرف شيئاً إطلاقاً، أو قال: إني شاك في قدر ما يطلب، أو ما أشبه ذلك، فإذا حلف على نفي ادعاء المالك بالنسبة إلى الزيادة فهو، وإلا ردت اليمين إلى المالك وأخذ ما ادعاه.

قال في الجواهر: (ولو اختلفا بعد زياده قيمه المغصوب في السوق في وقتها فادعى المالك أنها قبل التلف والغاصب بعده، فالقول قول الغاصب أيضاً بيمينه، لأنه منكر).

أقول: إن قلنا بأن اللازم القيمه وقت الأداء لم يكن لهذا النزاع أثره، نعم إن اعتبرنا وقت التلف كان كما ذكره الجواهر.

(مسألة ٢): قال في الشرائع: (إذا تلف وادعى المالك صفه يزيد بها الثمن كمعرفه الصنعه، فالقول قول الغاصب مع يمينه، لأن الأصل يشهد له).

وفى الجواهر: (بلا خلاف أجده فيه، إذ معرفه الصنعه حادث، والأصل عدمه).

وفى القواعد: (وكذا لو ادعى المالك صفه تزيد بها القيمة كتعلم الصنعه، والمراد أنه يقدم قول الغاصب مع يمينه، لأنه عطف على ذلك).

وفى مفتاح الكرامه قال: (كما فى السرائر والتذكره والتحرير والإرشاد والدروس واللمعه وجامع المقاصد والمسالك والروضه وغيرها).

وقال فى الكفايه: إنه غير بعيد، لكن فى عموم صحيحه أبى ولاد ما يخالفه) انتهى.

أقول: قد عرفت عدم دلالة صحيحه أبى ولاد على ما ذكره، لقوله عليه السلام: «يأتى صاحب البغل بشهود يشهدون أن قيمه البغل بما اكرتى كذا وكذا فيلزمك»^(١).

والمراد بتعلم الصنعه أعم من تعلم العبد والجاريه، أو تعلم الحيوان ككلب الصيد والقرد والهره وما أشبه مما هى قابله للتعليم والتعلم، فإنه لا خصوصيه للصنعه.

أما لو اتفقا فى أنه كان يعلم صنعه فقال أحدهما: إنه كان يعلم صنعه الكتابه، والآخر: صنعه الخياطه، وكانت القيمه مختلفه، فإنه من التحالف لا- من الاختلاف فى القيمه، فإن الميزان فى المنازعات كيفيه الدعوى لا المآل، ولذا لو قال أحدهما: كان كتاباً، والآخر: قلماً، لا يلاحظ القيمه، وإنما يكون المرجع

ص: ٤٦٠

التحالف، وقد ذكرنا تفصيل هذا المبحث في كتاب القضاء، وفي أواخر الشرح في قبال قول السيد الحكيم (رحمه الله) بأن الملاحظ المآل لا المصّب.

وقال في مفتاح الكرامة: (وكذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الأجره لـصاله عدمه)، وهو كما ذكره.

ولو قال الغاصب: إن الكلب الذي أخذه من داره كان كلب هراش لا قيمه له، وقال المالك: كان كلب صيود فله قيمه، فالظاهر أنه من مورد التحالف أيضاً، لأن مصّب الدعوى هو المعتبر لا المآل.

وفي الجواهر: (لو ادعى المالك تخلّل الخمر في يد الغاصب فأنكره الغاصب، فإن القول قول الغاصب يمينه للأصل أيضاً)، وهو كما ذكره.

كما أنه لو اختلفا في أنه غصب منه خمرًا محترماً أو غير محترم، لوضوح أنهما شيئان، فالمرجع التحالف.

وفي الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (أما لو ادعى الغاصب عيباً متجدداً لكن عند المالك، كالعور وشبهه مما هو عارض للبعد الصّحّه، وأنكر المالك، فالقول قوله مع يمينه، لأن الأصل الصّحّه، سواء كان المغصوب موجوداً أو معدوماً).

أقول: مقتضى القاعدة أنه إن كان هناك استصحاب يطابق قول أحدهما أخذ بالاستصحاب، فإذا كان الفرس مثلاً صحيحاً ثم رأناه أعور، وقد ادعى المالك أنه عور عند الغاصب، والغاصب أنه عور عند المالك، استصحب الصّحّه وأغرم الغاصب، وإذا كان أعور عند المالك والآن أعور، لكن المالك يدعى أنه صار صحيحاً عنده ثم غصبه الغاصب، وقال الغاصب: بل غصبته أعور، كان الاستصحاب في طرف الغاصب.

أما إذا لم يعلم الحاله السابقه، فهل الاعتبار بالمصوب ويكون المورد من باب التحالف، أو الاعتبار بالغرامه ويكون الأصل مع الغاصب، احتمالان، لا يبعد الأول، لأن العقلاء لا يعملون بأصالة الصحه في مثل المقام، ولا دليل شرعاً لها، والغرامه ليست محل النزاع، وإن كان النزاع يؤول إليها.

ومن ذلك يظهر وجه النظر في كثير من الأقوال، كقول المبسوط في المحكى عنه: إذا غضب عبداً فرده وهو أعور فقال سيده: عور عندك، وقال الغاصب: بل عندك، فالقول قول الغاصب، لأنه غارم، فإن اختلفا في هذا والعبد قد مات ودفن، فالقول قول سيده إنه ما أعور، والفصل بينهما أنه إذا مات ودفن فالأصل السلامه حتى يعرف عيباً، فكان القول قول السيد، وليس كذلك إذا كان حياً، لأن العور مشاهد موجود.

ورده الحل في السرائر في المحكى عنه بقوله: فإن غضب عبداً فرده وهو أعور واختلفا، فقال سيده: عور عندك، وقال الغاصب: بل عندك، قدم قول الغاصب، لأنه غارم.

وقال بعض أصحابنا: فإن اختلفا والعبد قد مات ودفن، فالقول قول سيده إنه ما كان أعور، والذي يقوى عندي أن القول قول الغاصب، لأنه غارم في المسألتين، والأصل براءه الذمه، وهذا الذي ذكره بعض أصحابنا تخريج من تخريجات المخالفين، والذي تقتضيه أصول المذهب ما ذكرناه.

وفي الجواهر: (أما الفاضل فقد وقع له في القواعد عبارات ثلاثه:

الأولى: لو تنازعا في عيب يؤثر في قيمه، ففي تقديم أحد الأصلين نظر.

والثانيه: لو ادعى الغاصب عيباً تنقص به قيمه كالعور قدم قول المالك، وفي جامع المقاصد إنه رجوع عن التردد إلى الجزم.

والثالثة: لو ادعى المالك تجدد العيب المشاهد فى يد الغاصب، والغاصب سبقه، فالقول قول المالك على إشكال) انتهى.

وأنت خبير بما فى إطلاق كل هذه الكلمات من النظر، فالقاعده ما ذكرناه.

ومنه يعلم لزوم التحالف فيما إذا اختلفا فى الفرس مثلاً، فادعى أحدهما أنه كان اعور، وادعى الآخر أنه كان أشل، وكان العور والشلل يوجب اختلاف القيمة، فالفرس الاعور مثلاً: قيمته مائه، والفرس الأشل مثلاً: قيمته تسعون أو مائه وعشره، فإنه لا يؤخذ بالمآل، بل بمصعب الدعوى، فاللازم التحالف.

كما أن مما تقدم يظهر وجه النظر فى قول الدروس، حيث قال فى محكى كلامه: (ولو اختلفا فى تقدم العيب حلف الغاصب عليه، لأنه غارم، قاله الشيخ وابن إدريس، ولو قيل يحلف المالك لأن الأصل السلامه وعدم التقدم كالمبيع كان وجهاً. ولو اختلفا فى العيب بعد موته أو انقطاع خبره، حلف المالك عند الشيخ، والغاصب عند ابن إدريس والأول اصح) انتهى.

أما إشكال الجواهر على الدروس من تعارض أصل السلامه وعدم التقدم، فلا يخفى ما فيه، لأن الاستصحاب لا يدع مجالاً لأصل السلامه فيما كان الاستصحاب على خلافه.

وأما إذا كان الاستصحاب موافقاً له، فلا مجال له من جهه أنهما لا يجتمعان، كما ذكر نحوه الشيخ المرتضى فى الرسائل فى اجتماع أصل البراءه واستصحاب البراءه، حيث إن الاستصحاب لا يدع مجالاً له، إذ الأثر للمشكوك لا للشك.

ولو ادعى أحدهما أنه غصب فرسه الأعور، وقال الآخر: بل فرسه الأعمى،

أو قال أحدهما: فرسه الأعور، وقال الآخر: فرسه الصحيح، كان من التحالف أيضاً، باعتبار المصّب لا المأل، لما ذكرناه من التّداعى فى أمثال المقام.

قال المحقق الرشتى: (لو ادعى المالك فى المغصوب التالف صفه يزيد بها قيمه، فإن كانت تلك الصفه أمراً حادثاً كالصنعه والكتابه فالقول قول الغاصب مع يمينه لأصالة العدم، وإن كان أمراً خلقياً كالسواد والبياض فالظاهر التّداعى) انتهى.

فإنه لم يلاحظ قيمه التى هى المأل، وإنما لاحظ المصّب، ولذا جعل الأمر من باب التّداعى، وكذا الحال فى التّداعى لو ادعى أحدهما أنه غصب منه قلماً، والآخر أنه كتاباً، وكان قيمه مختلفه، فإن اللازم التّداعى.

ومما تقدم ظهر حكم ما لو قال المالك: غصبته وهو صحيح، وقال الغاصب: بل كان معيباً، سواء فى الدار أو العقار أو الأثاث أو غيرها، حيث المحكم الاستصحاب، وإن لم يكن فالتحالف.

وهكذا لو اختلفا فى أنه باعه المعيب أو الصحيح، فقال المالك: إن البيع وقع على المعيب، وقال المشتري: بل على الصحيح، فإن مقتضى القاعده التحالف، ولا مجال هنا لأصالة السلامه، إذ البيع المطلق منصرف إلى السليم.

وكذا إذا قال المالك: إن البيع وقع على المعيب بما هو معيب فالتحالف، مثلاً قال أحدهما: بعتك العنب المفرط، وقال الآخر: بل العنب فى عنقوده.

(مسألة ٣): قال في الشرائع: (إذا باع الغاصب شيئاً ثم انتقل إليه بسبب صحيح، فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك، وأقام بينه، هل تسمع بينته، قيل: لا، لأنه مكذب لها بمباشره البيع، وقيل: إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه من الألفاظ ما يتضمن ادعاء الملكيه قبلت، وإلا ردت).

وقال في القواعد: (ولو باع الغاصب شيئاً أو وهبه ثم انتقل إليه بسبب صحيح، فقال للمشتري: بعتك ما لا أملك، وأقام بينه، فالأقرب أنه إن اقتصر على لفظ البيع ولم يضم إليه ما يتضمن ادعاء الملكيه سمعت بينته، وإلا فلا، كأن يقول: بعتك ملكي، أو هذا ملكي، أو قبضت ثمن ملكي، أو قبضته ملكي) انتهى.

وقال في مفتاح الكرامه: (وهذا هو معنى ما في المبسوط والسرائر والإرشاد والإيضاح والدروس والمسالك ومجمع البرهان، وقد استحسنته في التحرير، ولا ترجيح في الشرائع، ونحوه ما في المسالك والتحرير من أن في المسألة قولين، مع استحسان الأخير في الأخير، واختياره في الأول، ولم نجد القائل بعدم السماع مطلقاً، لا في الباب ولا في باب الهبه ولا الإقرار ولا القضاء، حتى أن في المبسوط لم يذكره لأحد من العامه، وإنما ذكره احتمالاً).

أقول: لكن ظاهر الشرائع كما قدم أن به قولاً، ووجهه ما ذكره من أنه مكذب للبينه لمباشره البيع الظاهر في أنه ملكه، وهذا الوجه ظاهر الضعف، لوضوح عدم اقتضاء إيقاع البيع مثلاً البيعيه على وجه يكون تكديماً للبينه بحيث لا تكون حجه، لتعارف وقوع البيع على ملك الإنسان وملك غيره.

وأشكل في ذلك مفتاح الكرامه وتبعه الجواهر بقوله: (وعساك تقول: إن إطلاق البيع ينزل على ما يملكه، ومن ثم لو باع مالك النصف مشاعاً النصف

انصرف إلى نصيبه ولم ينزل على الإشاعه، ولو كان أعم لنزل عليها، فإننا نقول: قد تقدم أن احتمال الإشاعه في المثال قد ذكره جماعه، فليس بتلك المكانه من الوهن والضعف، ثم إن القرينه هنا موجوده، فإن الظاهر الغالب كون الإنسان لا يبيع ملك غيره، بل مال نفسه، فإذا أمكن حمل البيع على ملكه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينه الظاهره والعرف المطرد، بخلاف ما إذا باع الإنسان مال غيره الذي لا يتصور ملك البائع له حاله البيع، فإنه لا نفوذ له إلا في ملك الغير، لعدم إمكان غيره، فكان ذلك هو المخصص لهذا الفرد) انتهى.

أقول: مقتضى القاعده أنه إذا باع النصف في المشاع مما له نصفه، فإنه إن لم يقل شيئاً انصرف إلى نصف نفسه انصرفاً عرفياً يتبعه الحكم الشرعى، كما أنه إذا باع الكلى، أو الكلى في المعين انصرف إلى مال نفسه لا مال غيره.

أمّا إذا قال بعد البيع: قصدت في مثل النصف المشاع نصف الغير، أو النصف المشاع الشامل لربعى وربع غيرى، أو بالاختلاف كأن يكون السدس منى والسدسان من غيرى، فمقتضى القاعده أنه يقبل قوله، لأنه لا يعرف إلا من قبله.

ومنتهى الأمر أن للمشتري حق الحلف عليه حيث لا بينه له، وكذا في أمثال المقام، فإذا كان في صبره حنطه منّ لزيد ومنّ لعمر و فباع زيد مناً، ثم قال: إنه قصد من عمرو أو نصفى منّ ومنّ عمرو أو بالاختلاف كربع منّ وثلاثة أرباع منّ عمرو، كان الحكم كذلك.

وهكذا إذا باع كلياً في الذمه، بأن باعه مناً من الحنطه ثم قال: قصدت مناً كلياً في ذمه زيد، لا في ذمتى، وفي هذه الصور يقع البيع فضولياً، إن أجازة المالك فهو، وإلا بطل بالنسبه إلى

قدر حق المالك في المشترك.

أما بالنسبة إلى قدر حقه فهو صحيح، منتهى الأمر يكون للطرف خيار الفسخ باعتبار تبعض الصفقة.

ثم إن لنا نظراً في حكم المشهور المتقدم عن الشرائع والقواعد ومن عرفت، فإن البيه لا تدع مجالاً للتفصيل الذي ذكره، فإذا قال: بعتك ملكي هذا، ثم أقام بينه على أنه لم يكن وقت البيع ملكاً له قدمت البيه، والتعليل الذي ذكره بأنه إذا ضم إلى البيع ما يدل على كونه مالكاً، فإنه مكذب للبيه غير كاف.

إذ قوله: المكذب للبيه يوجب عدم سماع قوله، لا عدم سماع البيه، فإن البيه محكمه على الإقرار، سابقه كانت على الإقرار أو لاحقه، مثلاً إذا قال: هذه الدار لزيد وهو ساكن فيها، ثم قامت البيه أن الدار لم تكن له حتى ينفذ إقراره فيها، وإنما الدار لعمرو، بطل الإقرار، كما ذكرناه في كتاب الإقرار وغيره.

ثم لا يخفى أنهم اختلفوا في أنه إذا باع الإنسان ما لا يملك، ثم انتقل إليه بسبب صحيح كاشترى أو إرث أو هبه أو نحوها، هل أن يبعه السابق على ملكه يحتاج إلى إجازة، أو أن نفس ملكيته له بعد البيع يكون بحكم الإجازة، حيث يصح البيع السابق.

وهذا الفرع الذي ذكره الشرائع والقواعد وغيرهما مبني على ما لو لم نقل بأن ملك الفضولي لما باعه إجازة، وإلا فإن كان الملك إجازة فلا كلام في أنه حتى في صورته إقامة البيه لا تنفع، إذ لا يترتب على البيه ثمر.

ثم لو باع شيئاً وبعد تمام البيع قال: أنا غاصب وأن الملك ليس لي،

ص: ٤٤٧

فإنه لا يسمع دعواه إلا بإقامه البيئه، أو بتوجيه الحلف إليه بعد عدم حلف المشتري، لأنه يريد بذلك إبطال البيع والأصل الصحة، فهو مدع، ولا ينفع في المقام أن يقول المغصوب منه صورته: إنه مغصوب، فإنه لا يزيد على كونه مدعياً، واحتمال مواطاتهما على ذلك.

نعم لو بعد بيع زيد أقام عمرو البيئه على أنه غصب منه كان المحكم البيئه، فلا فرق في إقامه البيئه بين نفس البائع أو غيره.

أما إذا ادعى المغصوب منه ولا بينه له، فإن الحاكم يوجه الحلف إلى المشتري، ويكفي في الحلف حلفه على عدم العلم، كما هو مقتضى القاعده المذكوره في كتاب القضاء.

ثم إن القواعد قال: (ولو أقر بائع العبد بالغصبيه من آخر، وكذبه المشتري، أغرم البائع الأكثر من الثمن والقيمه للمالك).

وفي الجواهر: (لم يظهر لنا وجه له معتد به)، وذلك لأن اللازم أن يغرم الثمن للمالك إن أجاز البيع وإلا فقيمه، وعليه فلو فرض زياده ما قبض من الثمن على القيمه وجب عليه أن يوصلها إلى المشتري بأى وجه كان، ولو كان الغاصب باعه بأقل من قيمته كان عليه أن يدفع إلى المغصوب منه كمال القيمه إن لم يكن أجاز البيع، وإلا فالمسمى، لوضوح أنه بإقراره أثبت على نفسه العين، فإذا لم يتمكن من إعطائه العين وجب عليه إعطاء البدل مثلاً أو قيمه، ولا شأن للمسمى في المقام.

أما بالنسبه إلى المغصوب منه، فإن علم أنه غصبه منه أو جهل ذلك كفاه إقرار الغاصب، وإن علم أنه ليس بغصب منه، فمن الواضح أنه لا شأن له وإن أقر، فإن الإقرار لا يوجب أن يدخل في ملك الإنسان ما ليس بملكه.

وأما بالنسبة إلى البائع، فإن علم بأنه غاصب فكما ذكر، وإلا بأن علم أنه كان وكيلاً في البيع أو ولياً ونحوه، فليس عليه إلا أن يرد إلى المالك المسمى، سواء كان أزيد عن قيمه أو أقل أو مساوياً إذا كان بيعه بميزان.

وفي الجواهر: (ليس للمشتري مطالبته بما دفع إليه من الثمن بعد عدم تصديقه في إقراره، كما أنه ليس للبائع مطالبته المشتري مع عدم الإجازة إلا - بأقل الأمرين من قيمه والثمن، لأن الأولى إن كانت أقل فليس له غيرها بمقتضى إقراره، وإن كان الثمن أقل فليس له سواه في ظاهر الشرع، سواء أجاز المقر له أم لا، بعد عدم تصديق المشتري) انتهى.

ولو عاد إلى الغاصب ما باعه إلى المشتري بفسخ ونحوه، فالواجب عليه رده على مالكة باسترجاع ما دفعه إليه، كما في القواعد وغيره، وأيده الجواهر أيضاً، لكن قد تقدم في مسائل بدل الحيلولة أنه ليس ذلك على الإطلاق، بل قد يصبح المدفوع ملكاً للمغضوب منه والمغضوب ملكاً للغاصب.

قال في الجواهر: (ولو أقر المشتري خاصه، لزمه رد العبد إلى المقر له ويدفع الثمن إلى بائعه).

أقول: فيه إنه لا - وجه لأحد الأمرين، فإن علم بأن العبد ليس للمقر له فليس عليه أن يرد العبد إلى المقر له، وإن علم بأن العبد للمقر له فليس عليه أن يدفع الثمن إلى بائعه، إذ من الواضح أنه ليس عليه كلاهما معاً، بل قد ذكرنا في كتاب الإقرار أنه لو أقر لنفرين بشيء لا - يجب عليه أن يعطى أحدهما العين والآخر الثمن، على ما هو المشهور بينهم، لأن الإقرار كغيره من الأصول والأمارات لا تصادم العلم.

ولو باع الغاصب مال المغصوب منه لورثته ثم مات المغصوب منه كان البيع باطلاً، ويجب عليه رد الثمن إلى الوارث، لأنه بموت المغصوب منه انتقل المغصوب إلى ورثته فلا معنى للبيع.

ثم إن الأحكام المذكورة ليست خاصة بالغصب بما هو غصب، بل يشمل المعاملات على ملك الغير ولو بزعم أنه له، كما إذا كان الوارث زعم أن مورثه قد مات وورثه التركة فتصرف فيه بمثل التصرفات السابقة فظهر عدم موته.

ص: ٤٧٠

(مسألة ٤): قال فى الشرائع: (إذا مات العبد، فقال الغاصب: رددته قبل موته، وقال المالك: بعد موته، فالقول قول المالك مع يمينه. وقال فى الخلاف: لو عملنا فى هذه بالقرعة كان جائزاً).

وقال فى المسالك: (إذا ادعى الغاصب رد العبد قبل موته وعكس المالك فقد تعارض هنا الأصلان، لأن كل واحد من الموت والرد حادث، والأصل عدم تقدمه، لكن ذلك يقتضى ترجيح جانب المالك، لأن التعارض المذكور يكون فى قوه اقترانهما، وذلك غير كاف فى براءة ذمه الغاصب منه، لأن براءته متوقفه على تسليمه حياً سليماً وهو منتف هنا، فتقديم المالك ليس من جهه ترجيح أصله، بل من الجهه التى أشرنا إليه، ويزيد أيضاً أن معه أصاله بقاء الزمان واستحقاق المطالبه) انتهى.

وتبعه الجواهر فى بعض الاستدلالات المذكوره بتصرف.

أقول: لا فرق فى الحكم بين العبد والفرس والشاه مذبوحهً وغيرها، مثلاً يدعى المالك أنه رد الشاه إليه بعد ذبحه لها مما يسبب نقصان قيمه، ويقول الغاصب: إنه ردها حيه وإنما ذبحها المالك بنفسه، أو ذبحها إنسان آخر مما ليس عليه التفاوت، ومقتضى القاعده هو قول المالك، لأن مقتضى «على اليد» أنه يلزم عليه الرد، فإذا لم يعلم الرد كما أخذه يجب عليه إثباته بالبينه، فإن لم تكن بينه كان على طرفه الحلف، نعم إذا لم يحلف وردّ الحلف على الغاصب حلف وتخلص.

ومنه يعلم وجه النظر فيما حكى عن الخلاف من قوله: (لو عملنا فى هذه المسأله بالقرعة كان جائزاً، وإن كان ربما يستدل له بأن «القرعة لكل أمر

مشكل»(١١)، لكن قد ذكر الشيخ المرتضى (رحمه الله) وغيره أنه لا مجال للقرعه في مورد الأصول والأمارات.

نعم قال في الجواهر: إنه لم يتحقق عنده أن الخلاف قال ذلك، لأن عبارته المحكيه عنه في المختلف في تعارض البيئتين هي هذه: إذا غصب عبداً ومات واختلفاً، فقال الغاصب: رددته حياً ومات في يد المالك، وقال المالك: رددته ميتاً، وأقام كل منهما بينه بما ادعاه سقطتاً وعدنا إلى الأصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده، ولأن كلاً منهما مدع موت العبد عند صاحبه، وحيث تكافأتا ولا ترجيح سقطتاً وبقي الأصل وهو بقاء العبد عند الغاصب حتى يعلم رده، وإن عملنا في هذه المسألة على القرعه كان جائزاً.

قال: ولعله لذا حكاه في الدروس عنه ذلك، قال: (ولو اختلفا في رده أو في موته قبل الرد أو بعده أو في رد بدله مثلاً أو قيمه، حلف المالك. ولو أقاما بينتين تساقطتا ويحلف المالك، وفي الخلاف يجوز العمل بالقرعه لتكافؤ الدعويين، وهو حسن بل واجب، وقال ابن إدريس: البيئه للغاصب لأنها تشهد بما يخفى)، انتهى كلام الدروس.

أقول: لا مجال للبيئتين، كما أنه لا مجال للقرعه بما عرفت، أما ما عن المختلف من جعله الفرض من المتضادين الذي هو محل القرعه، أو التساقط والرجوع إلى الأصل بعد إقامتهما البيئتين، لأن الموت أمر وجودى طارئ

ص: ٤٧٢

على الحياه، فهو حينئذ ضدها، ولا يمكن الجمع بينهما، فحصل الاشتباه الموجب للقرعه أو التساقط والرجوع إلى الأصل، ففيه ما لا يخفى.

إذ قد عرفت أن الغاصب يجب عليه رد المغصوب، فحيث يدعى الرد وينكره المغصوب منه فعليه أن يقيم البيئه، فالبيئه عليه لا على طرفه، كما أنه لا مجال للقرعه.

ولذا رده الجواهر (بأن ذلك لا يخرج المسأله عن مسأله بينه الداخل والخارج، فلا بد حينئذ من بناء ترجيح إحدى البيئتين على ذلك، نعم يرجع إلى القرعه في البيئتين المتضادتين، ولم تكن إحداهما بينه داخل وخارج كما في دعوى رجل زوجته امرأه ودعوى آخر كذلك) انتهى.

لكن فيه: إن القرعه ليست مطلقه في البيئتين المتساقطتين، لأنا في الأمور الماليه يلزم الأخذ بقاعده العدل.

نعم القرعه تامه في مثاله الذي مثله باختلاف في زوجته امرأه بين رجلين، وكذلك عكسه في اختلاف الأختين أو الأم والبنت في زوجته رجل، إلى غير ذلك من الأمثله التي لا مجرى لقاعده العدل فيها.

ومما تقدم ظهر أنه لا- ينبغي الإشكال والخلاف في أنهما لو اختلفا في أنه هل رد عليه المغصوب أو قيمته أو مثله أم لا، فإن القول قول المالك، لأن الأصل عدم ذلك كله، فالمالك منكر ليس عليه إلا الحلف، فإذا ادعى المدعى الرد وأنكر المالك، فإن أقام بينه فهو، وإلا كان عليه الحلف، وإذا لم يحلف رده على الغاصب، فإن حلف برئ، وإن حلف ولم يؤد الغاصب سجن إلى أن يحقق حول الأمر فلا تخليد في

السجن، وكذلك الحال فيما لو ادعى الغاصب رد كله، وأنكر المالك وادعى رد البعض فقط.

ولو ادعى الغاصب رده على وكيل المالك، فإن أقر الوكيل وثبتت الوكالة فهو، وإلا كان مدعياً.

ولو أراد الغاصب الرد فأنكر المالك أن يكون المردود عين ماله، فعلى الغاصب الإثبات بأنها عين ماله، إذ الأصل عدم ذلك.

أما إذا ردها وبعد ذلك ادعى المالك أن المردود لم يكن ماله، وإنما أغفله الغاصب في رد مثله إليه مثلاً فالظاهر أنه من التحالف، لأن كل واحد منهما يدعى غير ادعاء الآخر.

وكما أن الأصل عدم رد العين كذلك الأصل عدم رد الغير.

ولو قال المغضوب منه: إن العين كانت شاه، وقال الغاصب: بل كانت سخله، ثبت الإقرار على الغاصب، واحتاج المالك إلى البيه في إثبات دعواه، فإذا أثبت سقط الإقرار، إذ الإقرار لم يكن مطلقاً، وإنما منصباً إلى المكان الذي نفاه البيه وأثبت غيره.

(مسألة ٥): قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا اختلفا في تلف المغصوب، فالقول قول الغاصب مع يمينه، بل لا أجد فيه خلافاً بينهم، بل عن ظاهر غايه المراد بل والتذكرة الإجماع عليه، وليس مع أنه مخالف للأصل إلا لأنه لو لم يقبل لزم تخليده الحبس لو فرض صدقه، إذ قد يصدق ولا بينه له)، ثم قال: (لكن ذلك كله كما ترى لا يوافق قواعد الإمامية، ضروره كونه مجرد اعتبار، فإن ثبت إجماع فذاك وإلا كان المتجه الحبس إلى أن يظهر للحاكم على نحو البينه) انتهى.

وما ذكره الجواهر هو مقتضى القاعده، لظهور أنه لا إجماع بعد تعليلهم بما تقدم من لزوم تخليده الحبس، مع أن التخليد غير ظاهر الوجه، لما عرفت في المسألة السابقه أن الحاكم يحقق حتى يطمئن حسب الموازين.

بل يمكن عدم الحبس أيضاً بأخذ كفيل أو رهن أو ما أشبهه، مما يكون فيه جمع بين الحقين.

كما أن التخليد في السجن الذي تكرر في كلماتهم في أمثال المقام، لم أجد له دليلاً معتداً به، فإن التخليد الوارد في بعض الروايات في غير أمثال هذه المقامات، ودليل التخليد في أمثال هذه المقامات مثل مطل الغنى يوجب حبسه ونحو ذلك، لا يدل على التخليد بتقريب أن العله ما دامت موجوده يكون المعلول موجوداً، إذ لا دليل على أن للحاكم مثل ذلك في باب العقوبات، وإنما اللازم حل المنازعات بصوره ما، ومعنى التخليد إبقاء المنازعه.

ومما تقدم يظهر وجوه النظر فيما ذكره المسالك حيث قال: (ولا- يرد مثله فيما لو أقام المالك البينه ببقاء العين، فإنه حينئذ يكلف بردها ويحبس مع إمكان صدقه، إذ البينه ببقائها لا تقتضى المطابقه في نفس الأمر، لأنه يمكن الفرق هنا بأن بقاءها ثابت شرعاً، وظاهر الحال يقتضى صدق البينه فيه، فيجوز

البناء على هذا الظاهر، وإهانتة بالضرب والحبس إلى أن يظهر للحاكم كون تركه ليس عناداً، فإذا تعذر الوصول إلى العين انتقل إلى بدلها كما هنا بخلاف البناء على الأصل، فإنه حجه ضعيفه مختلف فيها بين الفقهاء والأصوليين، فلا يناسبها التضييق بالعقوبة ونحوها) انتهى.

والظاهر أن مراده بالضرب، الضرب تعزيراً، إذ لا ضرب في غير التعزير، كما أنه إن قامت البيهنة أو الإقرار مثلاً أو ما أشبه على بقاء العين عند الغاصب ولم يستعد لردها، ولا- يفيد الحبس والضرب في الرد ولا- يتمكن الحاكم من الاسترداد، كان للحاكم أن يقتص من مال الغاصب ويعطيه للمالك إذا رضى المالك بذلك، وحينئذ له التقاص من الأقرب فالأقرب من أمواله، للجمع بين دليل التقاص وبين دليل سلطنه الغاصب على أمواله، فلا يرجع إلى الأبعد مع إمكان الأقرب.

مثلاً إذا أخذ الغاصب الدنانير من المغصوب منه، كان للحاكم أخذ الدنانير من مال الغاصب لا أخذ داره لإعطائها للمالك، نعم إذا تساوى الكل في البعد عن المثل، كان للحاكم اختيار أيها شاء.

بل ينبغي أن يستثنى من ذلك أيضاً ما لو منع عن بعضها الغاصب بصورة خاصه، مثلاً- له داران متساويتان والغاصب لا يريد التقاص من داره اليمنى، وإنما يريد التقاص من داره اليسرى، فإن الظاهر أنه ليس للحاكم التقاص من داره اليسرى، بدليل سلطنه بعد إمكان التقاص من غير تلك الدار، هذا فيما إذا رضى المالك بالتقاص.

وأما إذا قال: سوف أصبر حتى أحصل على عيني، فإذا لم يكن في صبره مفسده لم يكن للحاكم التقاص، أما إذا رأى الحاكم أن في صبره مفسده كمفسده بقاء التنازع والتشاجر وما أشبه فله التقاص، لأنه مأمور بفصل المنازعات وإن أراد أصحابها بقاء النزاع، فإن التنازع والتشاجر بالإضافة إلى حرمة في الجملة، خلاف استتباب الأمن الذي وضع الحاكم لأجله، وقد ذكرنا في بعض مباحث (الفقه) أن الحاكم الشرعي كالحاكم العرفي، فما يراد منه في العرف يراد منه في الشرع، فإذا قال الشارع: نصبت عليكم حاكماً، يكون وظائفه وتكاليفه كوظائف وتكاليف الحاكم العرفي إلا ما خرج بالدليل، وإنهاء المشاجرات والمنازعات من تكاليف الحاكم العرفي كما لا يخفى.

ثم إنه لو أقام الغاصب البيه على التلف وأصر المالك على البقاء، فللغاصب أن يرد مثله وقيمته إليه، وليس للمالك الامتناع عن الأخذ، فإذا امتنع أعطى الغاصب الحاكم المثل أو القيمة، لأنه خلاف سلطنه الغاصب أن يبقى مال غيره عنده إجباراً عليه، فإذا ظهر بعد ذلك صدق المالك ببقاء عينه واشتباها البيه ترادا المالين.

ولو تلفت العين بعد إعطاء المثل أو القيمة وقد ارتفعت، فعلى الغاصب إعطاء التفاوت، لأن العين ما دامت باقية فهي ملك للمالك، والبدل إنما يكون بدلاً ظاهرياً فقط، كما أن الحكم كذلك لو اشتبه الغاصب في بقاء العين أو تلفه فزعم تلفها وأعطى البدل، كما ذكرناه في الحيلولة.

ثم الظاهر أن للمالك أخذ البدل ولو مع علمه ببقاء العين بعد ما قامت البيه أو أقر بتلف العين، إذ ما دام لا يصل إلى عينه فله بدله ولو من باب بدل الحيلولة.

ومما تقدم يظهر وجه النظر فى حلف الغاصب، كما يظهر وجه الصحه فى أخذ المالك البدل فيما ذكره الجواهر ممزوجاً مع الشرائع قال: (وكيف كان، فإذا حلف أى الغاصب من أول الأمر أو بعد اليأس من دفع العين طالبه المالك بالقيمه، لتعذر العين ولو للحيلولة التى قد عرفت اقتضاءها ذلك، فما عن بعض العامه من أنه ليس للمالك المطالبه بالقيمه، لأنه يزعم بقاء العين فلا يستحق بدلها واضح الضعف) انتهى.

لا يقال: فيما لو أقر المالك بأن العين تالفه وهو يعلم بقاءها لا حق له فى أخذ البدل، لأنه بإقراره سبب بقاء العين عند الغاصب، فهو الذى أدخل الضرر على نفسه بسبب إقراره.

لأنه يقال: إن الإقرار لا يوجب خروج العين عن ملكه، وحيث إنه بعد الإقرار يطالب العين والغاصب مانع عن إعطائها له، فله أخذ بدلها، ولو لم يعط بدلها فله التقاص حسب الموازين الأوليه.

وعليه فلا فرق بين قيام البينه بتلف العين أو الحلف أو إقرار المالك.

(مسألة ٦): إذا غصب داراً ثم اختلف هو والمالك في أن ما في الدار هل للمالك أو للغاصب، أو غصب فرساً أو دابه أو ما أشبهه فاختلفا في ما على الفرس والدابه من الجل والسرّج ونحوهما، فمقتضى القاعده أن القول قول الغاصب لأنه ذو اليد على المال.

ولذا قال في الشرائع ممزوجاً مع الجواهر: (إذا اختلفا فيما على العبد من ثوب أو خاتم أو نحوهما، فقال المالك: هو لى، وقال الغاصب: هو لى، فالقول قول الغاصب مع يمينه، بلا خلاف أجده فيه، لأن يده حاله الغصب على الجميع فيقدم قوله، ولا يعارضه سبق يد المالك بعد زوالها بطرو يد الغصب التى حكم بسببها بضمانه للعين والمنفعة)^(١).

وقد أخذ الدليل من المسالك، حيث استدلل لتقدم يد الغاصب بقوله: (ويدل على ترجيحها على يد المالك الحكم بضمانه لعيته ومنفعته، وذلك فرع إثبات اليد) انتهى.

نعم ذلك إذا لم تكن هناك قرائن تدل على كذب الغاصب، كما إذا غصب الدار صباحاً، ولما أراد المالك استرجاعها بعد ساعه كانت مؤثته أثاثاً كاملاً، مما لا يمكن التأثيت فى هذه المده القصيره.

وإذا ادعى الأثاث أو الجل والسرّج المالك ولا بينه فله إحلّاف الغاصب حسب موازين الدعوى.

ثم إنه إن دخل الغاصب الدار عنوه، وجلس فيها مع المالك، أو كانا راكبين على الفرس والدابه، وبعد إخراجه ادعى أن الجل والسرّج والأثاث له، وادعى المالك أنها له، فالظاهر أنه من التنازع، لأن يد الغاصب وإن كانت يد ضمان إلا أن الضمان للعين لا يؤثر فى سلب أحكام اليد عنه، لإطلاق

ص: ٤٧٩

دليل اليد(١)، كما أن المالك إذا استرجع الدار من الغاصب في المسألة الأولى ثم ادعى الغاصب أن الأثاث له، فالأصل مع المالك لأنه ذو يد حالاً.

ولو غصب دابه وبعد استرجاع المالك حيث كان للدابه ولد، ادعى الغاصب أن الولد له، وقال المالك: إنه له، حيث ادعى أن الغاصب غصبها مع ولدها، فالقول قول الغاصب، لأنه ذو يد، ولا تلازم بين كون الدابه للمالك والولد له، لإمكان أن ألحق الغاصب الولد بدابه غير أمه، فكونه ذا اليد يقتضى ملكيه ما فى يده إلا أن يقيم المالك بينه.

وكذا إذا كان عند الغاصب زوج حذاء، وادعى المالك أن كليهما له، بينما قال الغاصب: إن أحدهما له، فإن يد الغاصب يقتضى كون الفرده الأخرى للغاصب، إلا أن يقيم المالك بينه أو ينكل الغاصب عن الحلف مع حلف المالك، على الاختلاف فى أن النكول هل هو كاف أو يحتاج إلى حلف المدعى.

ص: ٤٨٠

١- المستدرک: ج ٢ ص ٥٠٤ الباب ١ من أبواب العاریه ح ١٢

(مسألة ٧): لو قال المالك للغاصب: أنت فتحت الباب فسرق متاعى، أو منعت الأم من إرضاع ولدها فمات الولد، وأنكر الغاصب، فعلى المالك البيئه، لأنه مدع بفتح الباب ومنع الأم، وكذلك أمثال هذه المقامات مما تقدمت فى المسائل السابقه.

ولو قال المريض: إن الطيب هو الذى أعطاه الدواء الذى سبب له العمى أو الشلل أو ما أشبهه، وأنكر الطيب، فاللازم على المريض إقامه البيئه، وإذا اعترف الطيب بأن الدواء صار سبباً، لكنه ادعى أخذ البراءه من المريض فعلى الطيب البيئه.

وكذا إذا ادعى الوارث أن موت مورثه بسبب دواء الطيب، وأنكر الطيب، فعلى الوارث البيئه، إلاّ أن يدعى الطيب أنه أخذ البراءه مع اعترافه بأن الموت مستند إلى دوائه، فإن على الطيب إقامه البيئه على أخذه البراءه.

وكذا إذا أجرى له عمليه جراحيه فمات، فادعى الوارث أنه مات بسبب العمليه وأنكر الطيب، فإن على الوارث البيئه، أما إذا اعترف الطيب بأن العمليه صارت سبباً للموت وادعى أخذه البراءه، فعلى الطيب إقامه البيئه.

والظاهر كفايه أخذ البراءه من ولى الطفل والمجنون، فلو حصل عطب أو تلف عليهما لم يكن الطيب الآخذ للبراءه ضامناً.

ولو أعطاه البراءه من ليس بولى شرعى وكان مغروراً، كان الضمان على الطيب إلاّ أن له الحق فى الرجوع إلى الغار، بدليل «المغرور يرجع إلى من غر» (١)، والمراد بكون الضمان على الطيب الأعم من كونه عليه بشخصه، أو على عاقلته حسب موازين القتل

ص: ٤٨١

والجرح ونحوهما.

ولو ادعى المالك أن الغاصب لا يط بالدابه مما سبب تحريمها وأنكر، كان القول قول الغاصب إلا أن يقيم المالك بينه، ولا يكون ذبح المالك للشاه مثلاً وإحراقها دليلاً على صدق كلامه.

نعم لو علم المالك بينه وبين الله بذلك وجب عليه إجراء الأحكام على الشاه، كما أنه بإقراره أسقط قيمه الشاه وألزم بإجراء الأحكام من باب الأمر بالمعروف والنهي عن المنكر.

ولو قال شخص للمالك: إنه لا يط بها، لم يثبت على المالك لعدم حججه قوله.

نعم إذا كان الشخص ذا يد على الحيوان ثبت قوله باعتبار أنه إقرار فيما هو ذو يد فيه، وقد تقدم أن دليل اليد أعم من المالك والغاصب والمستأجر وغيرهم.

ولو أعطى مال المالك لنفسه غاراً له بأنه مال الغاصب فأضاف المالك على ماله، مثلاً ذبح الشاه وأطعمها الناس، ثم بعد التبين اختلفا في أنه هل أعطاه مطلقاً حتى يكون غاراً ويكون للمالك الرجوع عليه، أو أعطاه مقيداً بأنه يأكله بنفسه، فلا حق له في إضافة الناس، فإضافته للناس ليست من جهة الغرور، لم يستبعد أن يكون الحق مع الغاصب للشك في الغرور بهذا النوع الذي يوجب ضمان الغاصب، فالأصل براءة ذمته.

ولو قال الغاصب: إن الأرض لم تكن صالحه للزارعه فليس على الأجره، وقال المالك: كانت صالحه للزارعه، كان على المالك الإثبات إلا أن يكون

ص: ٤٨٢

استصحاب القابليه، حيث يكون على الغاصب الإثبات، وقد تقدم مثل هذه المسأله.

ولو قال الغاصب: إن الجائر كان مانعاً عن زراعه الأرض مطلقاً، حيث لم تكن لها منفعه، سواء كانت بيدي أو بيد المالك، احتاج إلى الإثبات، لأنه معترف بقابليتها الذاتيه وإنما بيدي مانعاً والأصل عدمه.

ولو استولى على متعه إنسان حتى فات الوقت، فالظاهر أن على الغاصب إعطاء المهر بدليل «لا ضرر»^(١)، وقوله (عليه السلام): «فوتها»^(٢)، فإنه هو الذى فوت المنفعه على الزوج فى الاستفاده منها، وهذا غير قول القواعد: (ومنفعه البضع لا تضمن بالفوات وتضمن بالتفويت).

وقال فى مفتاح الكرامه: (أما ضمانها بالتفويت فمما لا كلام فيه فيما أجد، فى الأمه مطلقاً إلا إذا كانت عالمه، وفى الحره حيث يكون للبضع أجره، كما إذا وطأ بعقد أو شبهه لا فيما إذا زنى بها).

وأما عدم الضمان بالفوات، فقد صرح به هنا، كما فى التذكره وجامع المقاصد، بل ظاهر التذكره أنه لا مخالف فيه حتى من العامه، وهو خير شهادات الخلاف واختاره المحقق فى الشرائع والمصنف فى الكتاب والإرشاد وغيرهما، وفى المسالك وكشف اللثام أنه المشهور ذكروا ذلك فى باب الشهادات) إلى آخر كلامه.

وذلك لأنه فرق بين تفويت منفعه المتعه، حيث إنها فى مقابل المهر، وقد

ص: ٤٨٣

١- الوسائل: ج ١٧ ص ٣٤١ و ٣٤٢ الباب ١٢ من إحياء الموات ح ٣ و ٥

٢- المستدرک: ج ٣ ص ٤٥ الباب ١ من أبواب الغصب ح ١

ورد في الآية الكريمة: (فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن) (١)، وفي الحديث: «هن مستأجرات» (٢)، وبين منفعة البضع في العقد الدائم، حيث إن البضع لا يعد في قبالة المهر، ولا يقال عرفاً إنه فوت المنفعة على المغصوب منه حتى يشمل «فوتها» (٣) ودليل «لا ضرر» وما أشبهه.

وعن الخلاف إنه احتج على عدم الضمان (بأنه لو كان يضمن لحجر على المريض بالطلاق إلا أن يخرج البضع من ثلثه، ولا يضمن له لو قتلها قاتل أو قتلت نفسها) (٤).

كما استدل له السيد العاملي (رحمه الله) (بأن منفعة البضع تستحق استحقاق إرفاق للحاجه والضروره ولا كذلك سائر المنافع، فإن استحقاقها استحقاق ملك تام، ألا ترى أن من ملك منفعة الاستيجار ملك نقلها إلى غيره بالعوض بأن يؤجره وبغير العوض بأن يعيره، والزوج المستحق لمنفعه البضع لا يملك نقلها لا بعوض ولا بغيره) (٥) انتهى.

لكن في هذه الاستدلالات أنها تابعه لما ذكرناه، وإلا كان كل دليل من هذه الأدله بحاجة إلى دليل.

وبذلك يظهر وجه النظر فيما نقله مفتاح الكرامه من احتمال الضمان قال: (والتردد ظاهر الشهيد في شهادات اللعنه، والمصنف في رضاع الكتاب حكم بالضمان، وفاقاً للمبسوط وجماعه كما في المسالك، لأن البضع مضمون كالأموال، لأنه يقابل بالمال في النكاح والخلع، ولا يحتسب على المريض المهر لو نكح بمهر المثل فما دون،

ص: ٤٨٤

١- سورة النساء: الآية ٢٤

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٤٦ الباب ٤ من أبواب المتعه ح ٢

٣- المستدرک: ج ٣ ص ١٤٥ الباب ١ من كتاب الغصب ح ١

٤- الخلاف: ج ٦ ص ٣٢٣ في رجوع الشهود

٥- مفتاح الكرامه: ج ١٨ ص ١٦١ ط الحديثه

وكذا المريضة المختلعه بمهر المثل، ويضمن للمسلمه المهاجره مع كفر زوجها) انتهى.

وفى الكل ما لا يخفى، فإنها ثبتت بالأدله الخاصه، وليس من باب المقابله بالمثل، كما يستفاد من الشرع، فإن الركنين فى النكاح هما الزوجان، كما أن الركنين فى البيع هما المالان، أمّا المهر فكأنه طعمه واسترضاء وما أشبهه، وإن ثبت بالدليل فى هذه الموارد وفيما إذا دلس إنسان امرأه، حيث إن الزوج يرجع بالمهر على المدلس، ولذا لو ماتت الزوجه بدون دخول، أو مات بعد دخول مره مما ليست قيمه الدخول بقدر المهر كان على الزوج إعطاء المهر، إلى غير ذلك من الأمثله.

والحاصل: فرق عرفاً عند المتشرعه بين المتعه وبين الدائم، ولذا بقدر تأخير المتعه وتفويتها الوقت ينقص من مهرها، وليس كذلك فى الدائم.

ولو ادعى المالك أن الأرض نقصت لترك الزرع، وأنكر الغاصب، فالبينه على المالك.

ولو قال المالك: كانت سمينه فهزلت، أو كانت هزيله فسمنت سمناً مضرراً، فالقول قول الغاصب فى إنكاره.

وهذا آخر ما أردنا إيراده فى هذا الكتاب، والله الموفق للصواب.

سبحان ربك رب العزه عما يصفون، وسلام على المرسلين، والحمد لله رب العالمين.

تم فى الخامس والعشرين من شهر محرم الحرام، سنه ألف وأربعمائه وأربعه فى قم المشرفه، بيد مؤلفه محمد بن المهدي الحسينى الشيرازى.

المحتويات

المحتويات

ص: ٤٨٧

- معنى الغضب..... ٦
- روايات الغضب..... ١٠
- مسألة ١ _ ما يحقق الضمان..... ١٨
- لو دخل لا بقصد الاستيلاء..... ٢٨
- لو شك في قدر الغضب..... ٣٢
- ليس كل غضب يوجب الضمان..... ٣٨
- لو اختلف قدر المنفعة والغضب..... ٤٢
- مسألة ٢ _ لو مد بمقود دابته..... ٤٥
- مسألة ٣ _ النمو للغاصب..... ٤٩
- مسألة ٤ _ الضمان على الأيادي المترتبة..... ٥٦
- مسألة ٥ _ هل يضمن الحر بالغضب..... ٦٣
- مسألة ٦ _ لو استخدم الحر..... ٧٠
- مسألة ٧ _ ضمان الخمر المحترمه..... ٧٨
- مسألة ٨ _ إتلاف الخمر المحترمه..... ٨٦
- مسألة ٩ _ في الأسباب الموجبه للضمان..... ٩٠

- مسأله ١٠ _ المباشر والسبب..... ١١٢
- مسأله ١١ _ لا يضمن المكره..... ١٢٢
- مسأله ١٢ _ سبب الماء والنار للأتلاف..... ١٤٢
- مسأله ١٣ _ إذا سبب التلف..... ١٥٢
- مسأله ١٤ _ لو غصب شاه فمات ولدها جوعاً..... ١٥٦
- مسأله ١٥ _ فكك القيد عن الدابة..... ١٥٨
- مسأله ١٦ _ الضمان بالعقد الفاسد..... ١٧٣
- مسأله ١٧ _ ضمان الصبي والمجنون..... ١٨٠
- مسأله ١٨ _ لو تعسر رد المغصوب..... ١٨٩
- مسأله ١٩ _ لو كانت العين بحكم التالف..... ٢٠٢
- مسأله ٢٠ _ لو تسوس التمر المغصوب..... ٢١١
- المثلى والقيمي..... ٢١٨
- ميزان المثلى..... ٢٢٨
- الاعتبار بيوم الإقباض..... ٢٣٤
- الكلام فى القيمي..... ٢٤٢
- الأقوال فى الضمان..... ٢٤٦
- دليل أعلى القيم..... ٢٥٤
- الإشكال فى كونه ربويًا..... ٢٦٠
- إتلاف الآله المحرمه..... ٢٦٤
- أرش عين الدابه..... ٢٧٢

مسأله ٢١ _ بدل الحيلولة..... ٢٧٧

لو توهم البدل..... ٢٨٣

ص: ٤٩٠

- انتقطاع الملك العرفى..... ٢٨٨
- مسألة ٢٢ _ على الغاصب الأجره..... ٢٩٥
- مسألة ٢٣ _ لو غصب مأكولا فأطعمه المالك..... ٣٠٦
- مسألة ٢٤ _ لو غصب فحلا فأنزاه..... ٣١٢
- مسألة ٢٥ _ لو غصب ما له أجره..... ٣١٧
- مسألة ٢٦ _ إذا زادت قيمه المغصوب..... ٣٢١
- مسألة ٢٧ _ المزج بالأجود والأردأ..... ٣٤٦
- مسألة ٢٨ _ فوائد المغصوب للمالك..... ٣٥٤
- مسألة ٢٩ _ لو زادت قيمه..... ٣٦٠
- مسألة ٣٠ _ الزيادة المتصله..... ٣٧٢
- مسألة ٣١ _ ما قبضه بالبيع الفاسد..... ٣٧٤
- مسألة ٣٢ _ ضمان الغاصب..... ٣٧٨
- مسألة ٣٣ _ اشتراك الغاصب مع المالك..... ٣٨٧
- مسألة ٣٤ _ لو غصب أرضا فزرعها..... ٣٩٢
- مسألة ٣٥ _ لو دخلت دابه فى ملك الغير..... ٤٠٢
- مسألة ٣٦ _ لو أدخلت الدابه رأسها فى قدر..... ٤٠٩
- مسألة ٣٧ _ إذا خشى على الحائط..... ٤١٨
- مسألة ٣٨ _ نقل المغصوب إلى غير بلده..... ٤٢١

مسائل متفرقه

٤٢٧ _ ٤٣٦

مسائل من جامع الشتات

٤٣٧ _ ٤٥٣

فصل فى التنازع

٤٥٥ _ ٤٨٥

مسأله ١ _ لو تلف المغصوب واختلفا فى قيمه ٤٥٥

مسأله ٢ _ إذا ادعى المالك صفه يزيد بها الثمن ٤٦٠

مسأله ٣ _ لو باع الغاصب ثم انتقل إليه ٤٦٥

مسأله ٤ _ لو قال الغاصب: رددته حيا ٤٧١

مسأله ٥ _ لو اختلفا فى تلف المغصوب ٤٧٥

مسأله ٦ _ فى اختلافهما فى أثاث الدار ٤٧٩

مسأله ٧ _ لو قال الغاصب: إنه لاط بالدابه ٤٨١

المحتويات ٤٨٧

ص: ٤٩٢

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية

WWW

للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩